BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XX
C
24
NAPOLI

Digitized by Google

XX
C
24

EVERARDI BRONCHORST
Daventrienſis, J.C.

ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ
CENTURIÆ SEX,
ET
CONCILIATIONES
EORUNDEM.

Accedit ejuſdem Tractatus
DE
PRIVILEGIIS
Studioſorum, tum Profeſſorum & Doctorum.

Editio nova, prioribus emendatior, cui accedit Viri Cl. PETRI CUNÆI *Oratio funebris de Vitâ & morte Auctoris.*

Lugduni Batavorum,
Ex Officina FREDERICI HAARING,
Bibliopolæ cIɔ Iɔcxcv.

Digitized by Google

Nobiliſſimis, Prudentiſſimis, & Ampliſſimis Viris,

D. JOHANNI DE DUVENVOORDEN, Domino de Duvenvoorden & Voorſchoten:

D. ROCHO AB HONERT, Supremæ Curiæ Senatori primario:

D. ADRIANO PAUW, Equiti, civitatis Amſterdamenſis Syndico, Academiæ Leydenſis CURATORIBUS.

UT ET

Eorumdem Collegis

D. ANDREÆ VESANEVELT.

D. JACOBO BROUCHOVEN Rijnlandiæ Quæſtori.

D. JACOBO CORN. DE LEEUSVELT.

D. DANIELI SIMONIS AB ALPHEN Quæſtori, civitatis Leydenſis CONSULIBUS, Dominis & Mecœnatibus ſuis reverenter colendis.

ARTAXERXES PERSARUM REX, *Viri Ampliſſ. exiſtimans non minus Regiam majeſtatem decere & humanitatem, parva benigne alacriterque accipere, quam magna largiri, cum ſibi iter facienti ruſticus quidam ac plebejus homo, utraque manu hauſtam e profluente aquam (quia nihil habebat aliud) obtuliſſet, hilari vultu accepit, munus non uſu rei oblatæ', ſed ſtudio & amore dantis & offerentis metiens. Et* LYCURGUS *minimi ſumtus ſacrificia* SPARTÆ *ideo conſtituit, ut* DEUM *immortalem honorandi*

& colendi ſemper in promptu eſſet copiæ. *Hoc* conſilio ego quoque hoc tenue munuſculum ac ſtrenam hanc offero vobis, Viri Ampliſſ. & Nobliſſ. D. Curatores, & Coss. Prudentiſſimi. Quod ſi ex ſua aut veſtra dignitate æſtimetur, perexiguum eſt; ſi ex viribus meis, mediocre; ſi vero ex animo & propenſa voluntatis meæ erga vos affectione & teſtificatione cenſeatur, magnum judicabitur. Offero, inquam, & exhibeo vobis Centurias ſex ἐναντιοφανῶν, ſeu legum in ſpecie & apparenter pugnantium conciliationes, eaſque ex repetita prælectione, ſeu accurata recognitione ſub veſtro patrocinio in lucem emitto. In quibus difficillimas & præcipuas univerſi juris civilis controverſas quæſtiones, quanta potui brevitate collegi, & omnibus diſcuſſis pugnantium & diſſidentium rationum nebulis, veritatem ſingularum quæſtionum ſolidis argumentis & textibus confirmavi, falſaſque & erroneas ſententias dilucide ac ſuccincte refutavi.

Nam cum primæ editionis Centuriarum cuncta exemplaria penitus eſſent diſtracta (quantumvis ea non ſolum in hac Academia, ſed etiam in Germania, puta Hannoviæ & Oppenheimii in Palatinatu a diverſis Typographis eſſent excuſa) eaque proſpero per DEI benignitatem ſucceſſu, plurimis Juriſprudentiæ ſtudioſis, in omnibus fere Belgii, Germaniæ, Galliæ, & Italiæ Academiis, perquam grata, accepta & utilia eveniſſe ſæpius intellexiſſem, ſecundis curis prius editas Centurias, quanta fieri potuit cura ac ſedulitate, in Juriſprudentiæ ſtudioſorum gratiam & commodum, hac editione ſub incudem revocare, ac pluſquam tertia parte augere & locupletare, nec non amplius quam trecentis objectionibus & ſolutionibus amplificare ſum conatus.

Cæterum ut ſtudioſi quoque intelligant, quid amplius a me in hac ſecunda editione Centuriarum præſtitum ſit, quidve primæ editioni adjectum & additum, ita habeant, primo me in ſingulis quæſtionibus & aſſertionibus ſubjunxiſſe, quid communi Doctorum opinione ſit receptum & uſurpatum. Quæ communes Doctorum opiniones & ſententiæ magnam vim & auctoritatem in foro & judiciis merentur. Siquidem in conſulendo & judicando rariſſime a communi & recepta

Doctorum

Doctorum opinione receditur, niſi certa & manifeſta lege vel evidenti ratione ex jure deprompta refutetur. Non facile enim, ut inquit JC. Paulus in l. minime. 23. ff. de legib. *nec temere ab eo receditur, quod certam ſemper habuit interpretationem. Praclare, ut multa alia, ſcriptum reliquit* OLDENDORPIUS: Eſt aliquid cum multis ſentire, ubi res eſt dubia & controverſa, nec conſtat certa ratione errorem ſubeſſe. *Praterea ſubjunxi in hiſce repetitæ prælectionis Centuriis, quænam ſententia judicando, conſulendo & pronuntiando, tum in ſuprema curia imperii Germanici, nec non in diverſis Galliæ Parlamentis, tum in ſacro conſilio Neapolitano, præterea in deciſionibus Pedemontanis Archiducatus Sabaudiæ, denique in Illuſtri curia Hollandiæ & Zelandiæ obſervata ſit & recepta. Sic non ſolum ſtudioſi intelligent, quid in theoria ſeu in ſcholis obtineat, ſed etiam addiſcent & cognoſcent, quid in praxi & uſu forenſi in præcipuis juris controverſiis ſit receptum & approbatum. Practica enim, ut dicebat* BALDUS *in* cap. I. de feud. ſine culp. non amitt. *eſt optima legum intellectrix, & ab antiqua praxi non eſt recedendum. per* l. illud. 13. ff. de excuſ. tutor. *Idem Bald. dicit in* c. ex tenore. extr. de teſtib. *quod leges ſapiunt, cum practicantur, & tum fructus ex arbore colliguntur. Præterea vulgatum jamque uſu tritum & receptum eſt adagium, quod leges in ſcholis degluiuntur, in foro, curia & palatiis digeruntur; in ſcholis diſcuntur, in foro intelliguntur. Nam practica eſt ſcientia digeſtiva, & ubi Theoreticus deſinit, ibi incipit practicus. Porro haſce Centurias a me & amplius quam tertia parte auctas & locupletatas vobis, Ampliſſ. D. Curatores, & Prudentiſſ.* D. COSS. *dedico & offero, quorum beneficio & favore hæc mihi eſt gratia, ut poſt* 33 *annorum profeſſionem a me in hac Academia pro virili navatam & excultam, jam tanquam emeritus miles, factus ſim Profeſſor Juris honorarius. Imitati in eo eſtis optimi Imperatoris Divi Hadriani exemplum, qui Doctores profeſſioni ſuæ parum habiles, ut puta ſenectute aut morbo gravatos, ditatos, honoratoſque a profeſſione dimiſit, & rude donavit. Itaque quodcunque id*

eſt ſtudii & lucubrationis, quod in veſtro fundo quaſi conceptum & natum eſt, imo magna ex parte productum & expolitum, ut benevolis animis & propenſis ſuffragiis id divulgari ſub auctoritatis veſtræ clypeo, tutela, & patrocinio ſinatis, omnibus votis contendo.

Et quibus porro potiſſimum melius æquiuſque hoſce meos labores dedicare debeam, utpote cum ſitis ſtudiorum & literatorum ſingulares & eximii fautores, patroni & Mecænates. Tu enim imprimis, Vir Nobiliſſime, Domine a DUVENVOORDEN, *Curator primarie, & inter Equeſtris Ordinis viros hujus Provinciæ præcipue, optime & humaniſſime erga ſtudioſos & literatos es affectus, ſecutus Honeſtiſſimi & Nobiliſſimi parentis tui veſtigia, qui Nobilium nomine in prima inauguratione hujus Academiæ interfuit & præfuit. Deinde te etiam, Clariſſ. & Doctiſſime D. Curator* ROCHE AB HONERT, *merito & ſummo jure inter præcipuos noſtræ Academiæ & Mecœnates agnoſcere & recenſere debeo, qui Juriſprudentiæ ſtudiis fœliciter in hoc celeberrimo Athenæo operam fidelem navaſti. Unde etiam digniſſima laborum & ſtudiorum tuorum præmia conſecutus, in ſupremum Curiæ Hollandiæ & Zelandiæ Senatum ſummo cum honore coöptatus & allectus es, ejuſque Senatus coryphæus & anteſignanus merito haberis, legumque & æquitatis accerrimus defenſor ab omnibus uno ore prædicaris & celebraris. Denique Clariſſime & Doctiſſime D. Curator* PAUWI, *Eques & J. V. Doctor, quomodo te non inter primos hujus Academiæ fautores & Mecœnates recenſeam, utpote qui non ſolum in eodem Lycæo magno cum fructu & honore Juriſprudentiæ ſtudia excoluiſti, verum etiam ſupremum Doctoris gradum ſumma cum laude es adeptus. Unde & dignos meritoſque laborum tuorum fructus conſecutus, ad honorabile munus, videlicet patriæ Syndicatum, vocatus & electus es, eamque tuis ſaluberrimis conſiliis & deliberationibus feliciter regis & adminiſtras. Taceo quod magna cum laude & dexteritate functus es ſplendida Legatione nomine Illuſtrium Dominorum Ordinum Fœderatarum Provinciarum Belgii, ad Pontentiſſimum & Sereniſſimum Regem Daniæ & Norwegiæ,*

wegiæ, una cum Generſo D. Comite a Culenburg, & aliis Clariſſimis Viris. In qua Legatione præclare & egregie partibus tuis es defunctus, atque re bene geſta arbitrio Illuſtrium Dominorum Ordinum abunde ſatisfeciſti, & magnis honorificiſque donis & muneribus a Rege exornatus, ſumma cum laude in patriam es reverſus. Vos itaque Ampliſſ. D. Curatores & Coss. Prudentiſſimi, (quorum ductu & auſpiciis hæc Academia tam feliciter viget & floret, ut ejus laus atque fama ad extremos uſque Chriſtiani orbis terminos ſit diffuſa) hunc meum librum Juriſprudentiæ ſtudioſis perutilem, advocatis atque cauſarum patronis non infructuoſum, hilari & benigna fronte ſuſcipite, memorique & grato animo agnoſcite. Ego viciſſim veſtri nominis cultor, fautor, laudator & admirator, dum vivam, & ſpiritus hos reget artus, ero & permanebo.

Valete interim, Curatores Ampliſſ. & Coſſ. Prudent. & diu conſilio, prudentia & auctoritate Academiæ huic feliciter ſuperſtites vivite, meque veſtro patrocinio & favore tueri & defendere non dedignemini. DEUS *Opt. Max. Ampl. veſtras Eccleſiæ Orthodoxæ, Reip. & Floren̄tiſſimæ noſtræ Academiæ bono, diutiſſime incolumes, ſalvas, florentes atque felices, in hac vita tueatur & conſervet.*

Lugduni-Batavorum Anno cIↃ IↃc xxI.

Veſtræ Amplit. & dignitati addictiſſimus & obſequentiſſimus,

EVERARDUS BRONCHORST
JC. Daventrienſis.

Juſtinianus in nov. 44. *de tabellionibus.*

Nihil in rebus humanis eſt uſque adeo ſemotum ab omni controverſia, tametſi maximam cum juſtitia conjunctionem habeat, quod dubitationem & controverſiam non recipiat, ſi ſubtiliter animi curas intendas.

Juſtinianus in l. 2. §. contrarium XI. *C. de vet. jur. enucl.*

Contrarium autem aliquod in hoc Codice poſitum, nullum ſibi locum vindicabit, ſi quis ſubtili animo diverſitatis rationes excutiat. Sed eſt aliquod novum inventum, vel occulte poſitum, quod diſſonantiæ querelam diſſolvit, & aliam naturam inducit, diſcordiæ fines effugientem.

Duarenus.

Nunquam lex legi contraria eſt, quia ſi diverſum jus eſſet, alterum ab altero abrogaretur. Antinomia hæc κατὰ περίστασιν dicitur, quando leges inter ſe non natura, ſed circumſtantia pugnant.

Fortunius Garſias in tract. de expenſis cap. 23. *num.* 15. & 16.

Exiſtimo ἀντινομίας nomen illa reſponſa mereri, quæ eandem habent facti ſpeciem, perſonarum eaſdem circumſtantias, eaſdem temporis qualitates, eaſdem juris rationes. Quod ſi diverſum argumentum ſit, aliæ perſonæ, diverſa, non contraria dicam. Etiamſi vulgus contraria dicat, quicquid quoquo modo diſſideat. Ego ſane perſonas, factum, locum, tempus, juſque aſpicio in utroque reſponſo, ſi quando antinomiam propoſitam inquiro. In ſecundo genere, ubi diverſa ſpecies facti eſt, variæ circumſtantiæ, ſunt plura JCtorum reſponſa, quæ ἀντινομίας nomen nimime merentur. plura conciliavit Zazius de ἀντινομίαις poſt Budæum, quem ipſe refert. Eſtque hodie integer tractatus de ἀντινομίαις, de quibus ita judico, ut fere totum jus hoc nomine notare poſſis, ſi utcunque diſſidentes leges protinus ἀντινομίας appellatione notaveris, glorioſam laudem quæſiturus, aut auram popularem potius captaturus, quaſi cum pueris in ſcholis, non cum viris doctiſſimis tibi negotium ſit.

Me-

Menochius in tract. de interdict. remed. 6. retin. poſſeſſionis, de interdicto de aqua quot. & æſtiv. num. 6.

PArcit Deus Juſtiniano, quod ſua nimia diligentia in pandectarum ordinatione, veterum JCtorum libros ſuppreſſit, & centones ac rhapſodias Juriſprudentum nobis tantum reliquit. Unde nobis tot cruces poſuit.

Hotom ad princip. digeſtor. in catalogo auctorum, ex quibus opus digeſtor. eſt compoſitum.

CElſo Jubentio JCto fere proprium eſt, ut a verbis & ſententia legis propter ſpeciem æquitatis non temere recedat, eſtque in adverſariis JCtis ridendis ſatis multus, & nimium liber. Quod apparet evidenter ex antinomia inter *l. ult. ff. de cond. cauſ. dat.* quæ eſt JCti Celſi, & *l. naturalis. §. at cum do. ff. de præſcr. verb.* quæ eſt JCti Pauli in hac quæſtione, An ſi pecuniam tibi dedi, ut mihi Stichum dares, ſit emptio, quod adfirmat JCtus Paulus in *d. §. at cum do.* negat vero JCtus Celſus in *d. l. ult.* qui adſtruit eſſe potius contractum innominatum, *do ut des*, quam emtionem.

Regulæ de conciliandis antinomiis ex Eguinario Barone ad §. præterea quod per alluvionem. *inſt. de rer. diviſ. excerptæ & deſumtæ.*

ET quoniam fluctuantes hic interpretes video, regulam juventuti tradam, de pugnantium locorum interpretatione. Quoties Ulpianus aut alius JCtus diverſas de eadem re ſententias adducit, ut hic unam, alius aliam ei contrariam, id tuto ſequemur, quod in codice, aut inſtitutionibus indiſtincte ſcriptum erit. ut in *d. §. præterea quod per alluvionem. l. in bonæ fidei. C. de pact. l. lecta. ff. ſi cert. pet. l. juris gentium. §. quinimo. ff. de pact.* Quod ſi nulla lege Imperatoria veterum ſententiæ relatæ definitæque extant, in quam partem inclinent Paulus, Ulpianus, cæterique ex quibus Pandectæ tranſcriptæ ſunt per Juſtinianum, obſervabimus.

Idem erit ſi Ulpianus forte, vel alius JCtus Labeonis vel Nervæ ſententiam obiter memoret, cui alii ejuſdem auctoritatis JCti repugnent. *l. 5. §. de arbore. ff. de rei vind. l. adeo. ff. de acq. rer. dom. l. hoc amplius. ff. de damn. infect.* Non enim ex Labeone, Varo, aut Caſſio, Pandectas componi voluit Juſtinianus, ſed ex Ulpiano, Paulo, Juliano, &c. quorum nomina prænotantur legibus, auctore Imp. noſtro in *l. 2. C. de vet. jur. enucl.* Quamobrem & notæ Ulpiani, Pauli, Martiani, Papiniano adſcriptæ, locum ſuum retinebunt. *l. 1. C. de vet. jur. enucl.*

Secunda regula: Si quando contrariæ veterum ſententiæ vel ab eodem JCto vel a diverſis ſint relatæ, quarum neutram magis probent, tunc, quod melius æquiuſque videbitur, judices ſequentur, dum Princeps, aut cui is permiſerit, certam & perpetuam legem de ea quæſtione & controverſia conſtituat. *l. ſed Divi. ff. de rer. diviſ.* §. *cum ex aliena.* & §. *ſi quis a non domino. inſt. de rer. diviſ.* Sed hoc genus legum contrariarum Juſtinianus negat ſuæ legiſlationi ineſſe. *d. l. 2. C. de vet. jur. enucl. l. 1. C. de Juſtin. Cod. confirm.* quod tamen quam vere dictum ſit, ut alibi idem Baro graviſſimus & acutiſſimus JCtus teſtatur, ipſe viderit, cum illa commendatio perſuaſorio legum exordio conveniebat.

Idem Baro alibi in commentar. ad inſtitut.

EX commentariis Pauli, Ulpiani, Marciani, Papiniani, & cæt. controverſiæ in foro & judiciis decidi non poſſunt, niſi Accurſii, Bartoli, Baldi, Alexandri, Caſtrenſis, Jaſonis interpretatio accedat.

Viglius ad §. ult. inſt. de rer. diviſ.

IN hoc utiles ſunt doctorum repetitæ commentationes, quod allegationum copia, conſiliorum recitatione, multiſque ampliationibus & limitationibus advocatos, qui cauſis & litibus forenſibus patrocinantur, egregie inſtruere, & informare poſſunt.

Zazius.

DOctorum reſponſa & opiniones non neceſſitant ad deciſionem cauſarum, ſed aliquam præſumtionem tantum faciunt, quatenus bona aliqua & probabili ratione moventur. Ita quoque tradit & notat Gloſſa ordinaria ad *l. 1. C. de legib.*

Maranta in quæſtion. legalib. diſput. 10.

PRopter phantaſias unius doctoris non eſt recedendum a communi opinione doctorum. Ita decit *Bald.* & *Caſtr. in l. ult. C. de inſt. & ſubſtit.* Alioqui judex qui omittit communem opinionem, adhærendo ſingulari opinioni unius doctoris, facit litem ſuam. Secundum *Bart. in l. ult. C. de pœna jud. qui male jud.* & *Jaſon. in l. ſciendum.* §. *ult. ff. qui ſatiſd. cog.*

Reyger.

Reyger. in Theſauro recept. ſentent. juris, in loco de auctoritate Gl. Bartoli, & aliorum doctorum.

PRo certo receptum eſt, maximam eſſe communis doctorum opinionis auctoritatem, adeo ut ab illa nec in judicando, nec in conſulendo ſit recedendum, niſi illa per jus expreſſum, vel per evidentem rationem erroris convincatur.

Venenutius Stracha in tract. de contract. mercator.

VEtuſtiores juris interpretes fructus nobis reliquerunt; Budæus vero, & reliqui recentiores, plures flores magis quam fructus attulerunt.

Johan. Faber ad §. ſed non uſque. *inſt. de legat.*

JUris civilis prudentia parvo admodum & nullo cum fructu conjuncta eſt, niſi ad negotia in quotidiano uſu verſantia ſedulo frequenterque accommodetur.

In

In legum conciliationes
a Clariſſimo VIRO
EVERARDO BRONCHORSTIO,
primario Anteceſſore, iterum editas, communiumque opinionum & rerum judicatarum acceſſione auctas,
PETRUS CUNÆUS JC.

IN jure dando cum foret mortalium
Diſſentientum ſumma diſcrepantia,
Tandem ipſa leges condidit neceſſitas,
Quæ rite ſcriptæ ſemper uno civibus
Loquerentur ore, juſque certum redderent.
Sed has ut ingens ille Juſtini nepos
Conferri in unum juſſit, & ſeclum ſuum
Primus beavit dono inæſtimabili,
Conſarcinator in gravi culpa fuit
Tribonianus, cujus inſolens manus
Hinc inde multa tranſtulit, quæ verius
Congeſta, quam digeſta, nominaveris.
Hinc ſanctiore juris in volumine
Nox ſæpe denſa, ſæpe contradictio,
Et mille rerum vortices ſunt; quos prius
Tot inter ævi grandiora nomina
Nemo univerſos vicerat feliciter,
Vis celſa donec inclyti *BRONCHORSTII*
Emenſa late eſt, quidquid hoc erat rei,
Legeſque rurſus duxit ad concordiam,
Tenebriſque juris prætulit claram facem.
Hanc ante partam gloriam recente nunc
Laude aggerare maximus parat ſenex,
Poſtquam hiſce chartis explicatioribus
Res judicatas addit, & communium
Opinionum caſibus ſuper fori
Apices feraci pectoris promit ſinu.
Sic expedivit quidquid ante defuit
Cœpto priori. Scrupulos legum parum eſt
Monſtraſſe, jura ni recepta junxeris.

In

IN CENTURIAS
Clariſſimi & Celeberrimi JC.
EVERARDI BRONCHORSTII,
tertia jam parte auctiores.

DUx magne Themidis, regula anteceſſorum,
Quot nunc ubique jus reconditum pandunt,
Et non intertem dirigunt juventutem;
Quis non Minervæ cœpta & inclytos auſus
Tuæ ſtupeſcat, quos virentibus canis
Conſperſus auges? Non, ut Hercules, tantum
Terræ univerſæ circulator & ponti,
Cœlum labores per duodecim ſcandis;
Sed multa per Centena, & alia Centena,
Aggreſſus acri mente & ardua cura,
Finire amica pace bella tot legum,
Et ante indiſſolubiles nodos.
Hoc efficacis ſpolia vincis Alcidæ:
Hic antecedis, quidquid anteceſſorum eſt.
At nos precamur, quotquot unice cordi
Decus Lycei eſt, ſeculi aut decus noſtri,
Aut Batava tellus, ut, quot hactenus nobis,
Dux magnæ Themidis, dux & anteceſſorum,
Illa erudita, perpetimque victura
Domino ſuperſtes Muſa, Centurias ſcripſit,
Tot det Chiliadas: poſterique venturi,
E conſtituto jure & optime unito,
Annos tibi uni computent Sibyllinos.

DANIEL HEINSIUS
Ex tempore.

V. C.

Everardi Bronchorſtii, JCti.

ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ SEX LIBRIS

Elogium, & INVIDIÆ laqueum vovet ac mandat

PETRUS SCHRIVERIUS.

Dijudicandis litibus quiſquis ſedes
Auditor, ad luenda natus jurgia
Legicreparum & vulturum forenſium;
Et qui recenſes, quique caſtigas dolos,
Reosque plectis urna quos expreſſerit;
Tuque adeo, alumne Juris & cultor Dices,
Ad Ulpiani qui lucernam Bartolum
Legis, coliſque purius divam Themin,
Adeſte. lætis involate dexteris
Sinibuſque totis Anteceſſorum jubar.
Adeſte, adeſte. nam tibi hæc, tiro; tibi
Hæc ſcripta, Judex, publicoque commodo.
Quamcunque legem ſpiſſa caligo alligat,
Veroque quidquid creditur contrarium
Pariterque pugnax, protinus BRONCHOSTIUS
CONCILIAT acer, & tenebras diſcutit.
DIGESTA multis involuta noctibus,
Tribonianis inque nexa oraculis,
Interpretata ASSERTIONIBUS novis,
Et luculentis aucta quæſtionibus.
Adeſte, adeſte. in iſta MISCELLANEA,
Non ludionum regna, ſed, Judex, tuum,
Tuumque, Tiro. nam ſimul Scholæ ac Foro
BRONCHORSTIANUS ſemper inſudat labor.
Hoc juvenis egit, hoc agit crudus ſenex,
Pubi Batavæ deſtinatus arbiter,
Ductorqne longos nunc per annorum gradus,
Suadæ medulla, corculum prudentiæ,
Amœnitatum cella promptuaria,
Miſcere rebus ſeriis gnarus jocos,
Salibuſque noſtrum temperare Scævolam.
Adeſte. vobis, heic quod antiquo novum
CURIS SECUNDIS editur venuſtius,
Commendo, veſtram poſcit hoc opus manum.
Hoc volvite, ac revolvite ingenti bono,
Mirabilique fruge. Quid moramini?
Hoc volvite, inquam, quot diebus ſedulo,
Quot noctibuſque ſedulo revolvite.

Hic,

Hic, hic pererret perpes omne pulpitum
Nec inferatur (turpe) nidulo liber.
Hac ſine nullus prodiit certiſſimus
ASSERTIONUM bis tricenarum pater.
Non roſit ungues, aut momordit pollicem
Hac ſine Civis inclytus Tubantium,
Idemque ſidus fulgidum Bataviæ,
Sed ſcripſit, ut legatur. hæc merces viro,
Unum hoc laboris præmium, ac ſolatium.
At tu, maligne, comprime iratam manum,
Dentemque, Livor, abſtine, & famæ ſacram
Putato chartam: deinde & auctori ſcias
Non deeſſe naſum, nec litandum Gratiis,
Urbanus ut ſit. ſi ſapis, noxam cave.
Temere haud laceſſes acrimoniam viri:
Agnatus illi vindicis linguæ lepos.
Palam ergo ſeu quis, ſive clam dolo malo
In hos libellos ſtrinxerit convicium,
Stilique acumen, invidus pœnas luet,
Veroque victus protinus cauſſa cadet.
Non arma ponit dia mens BRONCHORSTII,
Quin hoſtium redhoſtiat ferociam
Pari moneta, mutuiſque honoribus,
Ex talione felle libero madens.
Gratis paciſci tranſigique res nequit.
Inultus illum riſerit nemo malus:
Laudare poſſit nec ſatis quiſquam bonus.

cIↃ IↃ C XXI.

V. Cl.

V. C.

DD. E. BRONCHORSTIO,

Viro in Juriſprudentia Roſcio,
Anteceſſori Honorario,
CONTROVERSIARUM, ſive ΕΝΑΝΤΙΦΑΝΩΝ
citra controverſiam eruditiſſimarum Centurias in lucem
remittenti, manuque mittenti, æternanti.

SCripta virumque cano, qui quondam clarus ab oris
Tum Daventriacis Batavas advenit Athenas,
Lugdunum, celebres Belgi florentis Athenas,
Tempore quo Batavæ doctorem Juris Athenæ
Præclarum votis ardentibus exoptare,
Aut RoſcI genus eximium, divique nepotem
Naſicæ, eloquii Suadam, Juriſque medullam;
Cœleſti, ecce, Deæ genua incerare Minerva
Ipſa, atque Aonides votum vovere Sorores.
Hunc, ecce, illa litata virum Dea corculum Olympo
Mittere Battavicæ genti geſtire nepotem,
Errantem Naſicæ animam, quæ corpore dudum
Exuta, heu! luſtris tot jam labentibus, ævo
Hoc felice viri migrare in pectora viſa eſt.
Non mihi ſi centum linguæ ſint, oraque centum,
Ferrea vox, noſtri Naſicæ dicere laudes,
Dignaque ſideribus præconia tollere poſſem.
Quis bona tot raras habitantes pectora dotes,
Tamque animi niveos habitantes pectora cenſus,
Diducto ingenuoſque exponat carmine mores,
Aureolo ſeclo dignos, aurique metallo;
Virtutemque viri ingenuam? quis regna loquendi,
Ingeniique almas claris cum dotibus artes?
Rara cui quædam cœleſtis pignora mentis
Naſcenti obtigerunt: ſummam ſubvectus in arcem
Eloquii, Juris proceres, Legumque peritos
Linqueret a tergo poſitos longo intervallo,
Et veluti ex alto ſummi Jovis armiger ales

Lavas

Lævas deſpiceret volucres, turbamque volantum.
Cujus opes genii, ingenui ac candoris amandas
Æternum venerabor ovans; quem proxima Divis
Vulgi a carceribus melior doctrina redemit.
Flumina tu veterum natus fœcundo referre
Doctorum, genios ſermonis verſus ad omnes.
Te conante oris proprias recludere dotes,
Palladis attonitæ voce inſonuere cavernæ.
Marmora Palladii præclara rumpere voce,
Audiri ingenuæ mellita tonitrua linguæ,
Qualia fulminii Demoſthenis illa, ſed iiſdem
Melliflua Sirene intermodulante Periclis.
Hic vir, hic eſt, Batavæ non infima gloria Leidæ
Veſtræ, vir hic, quocum Argolicis contendere Athenis,
Quo cum gente ingente Urbis concurrere poſſis.
Alter Scipiades, ſeu Scævola, ſive Cethegus,
Flos illibatus populi, Suadæque medulla,
Scævola, BRONCHORSTI *(quem ſecula priſca ſuperbo*
Elogio eloquii juriſque extollere ad aſtra,
Juriſprudentum ſummum, Suadamque loquentum;
Cui virtute parem non tempora prima dedere,
Nec ventura dabunt, redeant licet aurea in orbem
Secula Saturni, te excepto) Scævola noſter!
Quiſnam iit inficias? res ipſa, & ſcripta loquuntur,
Scripta recocta, incude recuſa, politaque ad unguem:
Vita functorum non indigniſſima ſcripta:
Aurea, Mæonidæ cantu reſonanda poëtæ.
Queis viles hederas precioſis addimus, eheu
Nos viles animæ. Nati felicibus ovis,
Diſque ſati digno æternarint carmine vates.

Amoris honoriſque ergo poſui

H. DELMANHORSTIUS. M.D.

PETRI CUNÆI
ORATIO FUNEBRIS
recitata in exequiis Viri Clariſſimi
D. EVERARDI BRONCHORSTII,
Juriſprudentiæ Profeſſoris.

BEne ac ſapienter olim, Auditores, clarorum virorum laudes in funeris ſolennitate dicere conſuevere veteres. Ex quorum inſtitutis ita mihi quidque optimum videtur, ut antiquiſſimum, & ad propagandam virtutem maxime comparatum eſt. Nimirum judicabant cordatiſſimi mortales, ſacram eſſe debere magnarum animarum memoriam, atque hanc ipſam optime nobis repræſentari, cum recenti adhuc luctu acrius in defunctorum amorem ageremur. Hic mos e prima vetuſtate in Academias traductus, a quo potius, quam a collega, aut quando magis uſurpandus colenduſque eſt, quam nunc hoc tempore, cum rogatu Magnifici Rectoris, precibus ſpectatiſſimi Senatus Academici ad parentandum homini celeberrimo Everardo Bronchoſtio excitamur? Amiſit Academia profeſſorem: at ego amicum, cum quo perdiu ſane jucunda mihi conſuetudo fuit, a cujus ore pendere, quem audirē ſenem juvenis gaudebam. Itaque cum ex illius morte ingens luctus ad univerſos pertingat, plus tamen eſt, certeque majus quiddam, quod me male afficit. Utique de hoc viro ut multa dicam, atque ut ſigillatim omnia exequar, ſumma eruditio & merita ejus ſuadent: ut brevior ſim, quam fortaſſe decebat, dolor jubet. Neſcio enim quo pacto animus noſter ſibi ipſe ſuccumbit, & quid-

quidquid languor ægre effert; involvere ſilentio amat. Curæ parvæ loquuntur, ingentes ſtupent. Quæ cum ita ſint, non recenſebo accurate ea omnia, quæ in vita ejus fortuniſque fuere notabilia. Eſt enim in rebus hominum admiranda varietas, & neſcio quæ ſors modo noverca, modo mater, alios dure, alios molliter, nunquam autem omnes eodem modo verſat. Quæ ſi nunc referre omnia velim, magna rerum ſeries dicenti ſurgeret. Eſt hoc eorum, qui hiſtoriam contexere potius, quam laudare defunctum cupiunt. Mihi ſatis erit caſu potius, quam ordine, quædam de ſene noſtro dixiſſe, quæ ad commendationem virtutis eruditioniſque, quæ ſumma in illo fuit, pertinere videbuntur. Vetus opinio eſt, jam inde a mundi ortu plurium ſapientum firmata conſenſu, eſſe aliquod momentum in natali ſolo ad ingeniorum felicitatem. Id ego cum ſemper verum eſſe crediderim, propterea quod concors & conſentiens mortalium opinio veluti naturæ quædam vox eſt, tum vero illud ipſum multo magis nunc ſentio, poſtquam optimum ſenem noſtrum Tranſiſulania ortum eſſe cogito, quæ terra ſimul cum vicina Geldria, ut cives proferre animoſos generoſoſque ſolet, ita jam pridem hominum eruditiſſimorum fuit parens. In hujus regionis nobiliſſima urbe Daventria natus ille anno CIↃ IↃ LIV, patrem habuit Johannem Bronchorſt Neomagum, Juris utriuſque Licentiatum, matrem Claram Coſteram, Johannis Coſteri Conſulis Daventrienſis filiam. Eſt hic ille Johannes Neomagus, qui in Academia Roſtochienſi Matheſin præclare profeſſus eſt, qui philoſophiæ & hiſtoriarum ſingularem ſcientiam publicis monumentis teſtatam ſeculo fecit. Nam & Bedæ Presbyteri Angloſaxonis opus de natura rerum, itemque Georgii Trapezuntii Dialecticam doctiſſimis ſcholiis illuſtravit: & Arithmetices libros duos compoſuit, qui & Coloniæ & Pariſiis excuſi ſunt. Adhæc Claudii Ptolemæi Geographiam Latine

vertit, addito regionum & urbium ab eo memoratarum indice: & in Ariſtotelis aliquot libros quædam ſcripſit, quæ ſupra plebem interpretum ſunt. Non miramur in Bronchorſtio noſtro ingenium ad doctrinam eximiam efformatum, cum talem tantumque habuerit parentem. Permultum quippe poteſt indoles rite nutrita ſub fauſtis penetralibus: ac omnino inſitam naturæ & pectoris bene nati vim juvat erigitque recta inſtitutio, & in majus meliuſque provehit. Inter prima adoleſcentiæ initia, artium & linguarum cognitione mediocriter imbutus, propter motus bellicos religionis cauſa cum patre in exilium abiit, ſedibuſque Coloniæ Agrippinæ poſitis, cum literas liberaleſque artes plenius didiciſſet, patre ibidem defuncto, Juriſprudentiæ ſtudiis animum adjecit, ſucceſſu tam mirabili, ut non multo poſt docere alios auſus, titulum ff. de diverſis regulis Juris Antiqui non ſine auditorum magno concurſu explicuerit; qui mox eundem commentarium, elegantiſſimum illum quidem, ſed tamen tunc rudem & impolitum, ipſo ignorante ediderunt. qua ex cauſa tandem in ſenectute eum librum recognovit ipſe, auxitque, ac nuper etiam evulgavit. Colonia digreſſus, in aliis celeberrimis Germaniæ Academiis, Marpurgi, Erphordiæ, atque Witebergæ, operam dedit ſummis anteceſſoribus Valentino Forſtero, Nicolao Vigelio, ac inprimis viro incomparabili Matthæo Weſembecio, quem domi docentem audivit, cum per arthriticos dolores in publicum prodire venerabilis ille ſenex non poſſet, ac crebro ſemet ipſe ob morbi illius vim per jocum pro Matthæo Weſembecio Matthæum de Afflictis appellaret. In iiſdem Academiis cum privatim Inſtitutiones Juſtiniani, diverſoſque ff. titulos interpretatus eſſet, Baſileam profectus, ſub maximo Juriſconſulto Samuele Grinæo gradum Doctoræ in utroque jure publice accepit, ſuffragiis & conſenſu cum omnium, tum etiam Clariſſimi Franciſci Hotomanni,

qui

qui e Gallia ejectus vivebat tunc illic, ac diplomati ejus ſubſcripſit. Mox Witebergam regreſſus jus civile per annum docuit, ac deinde in Academia Erphordienſi integro biennio munere publico profeſſoris functus eſt. Hanc tam præclaram, tam excultam indolem diutius peregre inter exteros procul a ſuis hærere, id vero triſte nimis & acerbum Tranſiſſulaniæ fuiſſet. Occurrebat ejus animo identidem aſſueta oculis regio, & hoc cœlum, ſub quo natus educatuſque eſſet. Quæ cum cuncta movebant caritate ſua, uti patriam, cui ſe natum eſſe, cui omnia ſe debere intelligebat, tandem reviſeret aliquando. Vix Daventriam redierat, cum a civibus ſuis conſul urbis creatur. Enimvero mortales illi optimi, cum nondum a priſca majorum ſimplicitate diſceſſiſſent, ſciebant honores & magiſtratus deferri illis oportere, qui minime eos appeterent, & maxime mererentur. Intelligebant virtutem excellentium virorum, etſi magnos impetus a natura ſumat, tamen doctrina conſummari, quæ, ut ſapientiam dare ſola non poteſt, ita animum ad eam augendam roborandamque parat. Eo munere dum fungitur, uxorem duxit matronam lectiſſimam honeſtiſſimamque Adelheidam a Middelburgo, Gerrardi a Middelburgo conſulis Swollani filiam, e qua liberi ſuperſtites exiſtunt tres, inter quos filium, juvenem ornatiſſimum candidiſſimumque, Gerardum Bronchorſtium, juris utriuſque doctorem, coram hic adeſſe cernitis. Patriam urbem ſumma fide & diligentia conſul tuebatur, nec quidquam omittebat, quod provideri fierive ab homine prudentiſſimo poterat, & tamen derepente tempeſtas inopinata totam urbem perculit. Hoſtem adverſum homini ſtrenuo opprimere haud difficile eſt: occulta pericula vitare in promptu non eſt. Proditione ac perfidia præſidiariorum militum Regi Hiſpano urbs traditur, ejectuſque iterum in exilium noſter eſt. Cæterum, ut ſolet Deus ex adverſis ſecunda ſæpe gignere, hæc

tam triſtis, tam ſubita rerum mutatio gradum huic fecit ad jucundum & honorificum otium. Contigerat tunc forte urbi huic Leydæ id, quod ſæpe aliis civitatibus evenerat, quæ diu quieſcere nequeunt, ſed ſi foris hoſtem non habent, domi inveniunt. Oborta hic erat inter cives diſcordia & factio quædam, cui cum ſeſe incautius miſcuiſſet Juriſconſultorum princeps Hugo Donellus, anno cIↃ IↃ LXXXVII, Academia noſtra relicta in Germaniam commigravit. Vocatus ſtatim in ejus locum Bronchorſtius eſt, dignuſque videbatur tanto viro ſucceſſor. Ita ille ordinariam juris profeſſionem ex eo tempore ſuſcepit, & in hoc munere procul a republica, etiam poſt receptam reſtitutamque Daventriam, ætatem egit. Annus hic eſt quadrageſimus, Auditores, ex quo doctiſſima ejus vox hæc Academiæ ſubſellia, atque has ſedes perſonare cœpit. Quæ res quam bene & feliciter ei ſucceſſerit, nuſquam deeſſe teſtes poſſunt. Vos, quotquot hic adeſtis, Juriſconſulti, qui ex ea tempeſtate jus civile tractaviſtis, diſcipuli fere ejus fuiſtis: quorum pars nunc rempublicam, quidam curiam utramque juridicam regunt, alii Academiæ huic præfuere, aut præſunt nunc etiam. ut taceam quam multi ſummi viri jam diem ſuum obierint, quos habuit præclarus noſter ſenex debendi reos. Scripſit quatuor centurias legum, quæ in ſpeciem contrariæ videbantur, & conciliationes earundem. Ad hæc duas alias Miſcellaneas centurias controverſiarum juris, atque etiam methodum Feudorum adjecit, præter commentarium in titulum de Regulis Juris, quem ab auditoribus pridem editum, mox meliorem locupletioremque reddidit. Fama ejus & exiſtimatio per totam Germaniam mirum in modum magna & illuſtris fuit: ut paſſim apud omnes modo juriſprudentiæ, modo legum pater appellaretur, non ſi aliter hercle quam ſi proprium id quoddam & gentile familiæ nomen eſſet. Id quod fortaſſe nobis, qui cottidie adſpectu & alloquio ejus fruebamur,

mur, incredibile pæne erit. Sed ita nimirum comparatum eſt, ut ſummorum virorum præſentia gloriam eorum minuat, majorque ſit virtutum ex longinquo majeſtas, quæ vitio quodam humani ingenii nullam adeo ob rem magis evileſcunt, quam occurſu crebro, & rerum optimarum faſtidio. Rectoris Academici munere functus eſt anno cIɔ Iɔc IV. in quo ſane fide ut optima, ita propenſiſſimo in Academiam affectu geſſit omnia, ac ſenatui collegiſque ſuis nunquam defuit, quorum ornamenta & commoda adjuvit auxitque. Quæ quidem extant adhuc publicis actorum monumentis conſignata, ut ſemper futurum aliquid ſit, quod acceptum feratur hujus beneficentiæ. Memoria ei fuit inuſitata, &, ut ipſe dicere ſolebat, ferrea; rerum omnium, quas in vaſta hac & prope infinita juris perveſtigatione ſemel cepiſſet, admodum tenax. diligentia inſuper adeo & perpetua & indefeſſa, ut non contentus intra juriſprudentiæ ſpatia conſiſtere, a nullo ſtudiorum genere continuerit flagrantem animum. Quare & politica tractavit, notaſque etiam in doctrinæ civilis aphoriſmos quoſdam ſeculo publicavit: & ne ea ignorare videretur, quæ poſita in Græcarum literarum cognitione ſunt, proverbia Græcorum, quæ verſibus comprehendit Illuſtriſſimus Scaliger in opere pulcherrimo, quod Stromateus ab illo inſcribitur, Latine omnia vertit. quem librum jam typographis excudendum commiſerat. Vir fuit ſtudio in rempublicam atque in religionem ſummo: morum comitate, humanitate, facilitate inſigni. Inter amicorum primos habuit viros clariſſimos, collegas ſuos, Cornelium Grotium, Julium Beymam, Everardum Vorſtium, Willebrodum Snellium, quibus ſuperſtes fuit: denique Cornelium Swaneburgium, quem uſque ad extremum vitæ dilexit tenerrime conſtanterque. Sermones ejus in conſuetudine vitaque familiari acuti, & ut plurimum literati. Proverbia totidem aut apophthegma-

ta ſingula videbantur. Quare habebam fere, quo confugerem, ubi conquieſcerem, cujus in alloquio & ſuavitate omnes curas doloreſque deponerem. Ubi ludere aut jocari vellet, nihil triſte, nihil ſenile agnoviſſes. Idem inter res ſerias graviſſimus cordatiſſimuſque. Valetudine ante plures annos infirma ſæpe erat, & intercurrebant morbi, qui diu eum lecto affigebant, in quibus ineſſe vis quædam melancholiæ videbatur. In quo profecto nihil novi ei contigit. Solet hoc, quodcunque tandem eſt, maximis acerrimiſque ingeniis accidere. Excelſus ille naturæ verique auctor Ariſtoteles omnem in hominibus excellentiam, & quidquid in utramque partem boni aut mali a communi conditione plebis recedit, in ſola atræ bilis varietate collocat. Inde vult exiſtere non eos ſolum, qui aliis præſtantiores ſunt in philoſophia, in republica regunda, & in arte poëtica; ſed Sibyllas quoque, & Bacchidas, & eos denique omnes, qui inſtictu numinis agitentur Inter hæc cum ætas ejus jam ingraveſceret, & requiem immunitatemque diuturni laboris ſuo quaſi jure expoſceret, conceſſum ei tandem illud eſt, quod maximis ejus virtutibus, ut a lectionum publicarum muniis vacaret, atque ut nihil niſi nominis ſui honorem impertiret Academiæ. Ex qua quidem tempeſtate, cum mox ſtatim morbus diſceſſiſſet, otium altum jam nactus (quod mirabile dictu eſt) minime otioſus tamen fuit. Videbat jam in extremo vitæ pæne ſe ſitum, nec diu abeſſe poſſe fatalem illam & decretoriam horam, quæ in meliorem rerum ſtatum nos tranſmittit. Quare ſacræ doctrinæ ſtudiis totum ſe dedit, piiſque cogitationibus pectus implevit, & hæſitationes omnes difficultateſque, quæ in religionis noſtræ myſteriis oborirentur, quotidie ferme collegis ſuis, viris reverendis, S S. Theologiæ profeſſoribus, quos habet hæc Academia clariſſimos, cum publice tum privatim propoſuit. Adeo pulcra res ei videbatur conſummare vitam

ante

ante mortem, ac deinde exſpectare ſecurum reliquam temporis ſui partem. Cæterum, cum eſſet literarum quoque & antiquitatum æſtimator, addebat in extrema ætate reliquis quoque curis & ſtudia literaria, ac libenter interdum duos Academiæ noſtræ præſules D. Danielem Heinſium, equeſtri dignitate virum, de republica Romana, deque civili doctrina facundiſſime prudentiſſimeque diſſerentem, & clariſſimum D. Joannem Gerardum Voſſium, temporum rationem, ac mundi ſeculorumque faſtos, aut etiam Græcas literas explicantem, audiebat. Et jam noviſſime hujus lectioni Græcæ intererat, cum inter hæc doctrinæ oblectamenta morbi ingruentis initia ſenſit, ac domum cum ea febre rediit, quæ poſt paucos dies eum exſtinxit. Ibi vero deinceps animus ejus, non, ut in ſene, morbo ſuccumbens, ſed alacer & erectus, contra languorem exurgens, quemadmodum de valetudine recuperanda non deſperavit, ita nec mortem extimuit unquam. Mox cum vis mali acrius graſſaretur, & vitæ nulla jam ſpes ſupereſſet, quotquot eum viſitabant amici, bene & recte præparatum pectus ejus ad mortem perſpexere. Quippe fiduciam omnem ſuam in Deo collocavit, & peccata ſua ſolo Chriſti ſanguine redempta profitebatur. Retulit nobis Magnificus Academiæ hujus rector D. Joannes Polyander verba ejus, quæ arrecta in cœlum mente proferentem audivit: *A Chriſto liberationem meam exſpecto, quem novi mihi lucrum eſſe in vita & in morte. Ipſe eſt via, veritas, & vita. Paratus ſum emigrare ex hoc mundo, ut ſim cum ipſo, atque ut ipſum intuear.* Et conſimilia pæne, atque in eandem ſententiam ſunt, quæ intelligere interdum ex illo potuerunt viri clariſſimi & præſtantiſſimi D. Andreas Rivetus, & Antonius Thyſius, Theologiæ profeſſores, D. Feſtus Hommius, collegii Theologici Ordinum Hollandiæ præſes, ac denique D. Ludovicus de Dieu, eccleſiæ hujus paſtor.

ſtor. Hæ ſunt veræ illæ & ſinceræ voces, quæ ab imo pectore ejiciebantur, cum perſona eripitur, manetque res. In hunc modum grandævus ſenex noſter, qui jam annum ſeptuageſimum & tertium pæne impleverat, leni morte exſpiravit, animamque cœlo, unde profecta erat, reddidit. Ex hujus viri morte quam grave vulnus Academia acceperit, ſquallor ille & dolor publicus ſignificat, quem in veſtro omnium ore conſpicio, Auditores. Abiit a nobis, exceſſitque vir longiore vita, atque etiam immortalitate digniſſimus, non viſurus nos amplius in his terris, non hic videndus nobis. Nunquam poſthac licebit dexteram illam humaniſſimam amplecti; nunquam audire ac reddere notas illas & amicas voces. Sed quid ago? Non lubet mihi deplorare jacturam noſtram, cum cogito quantum illi boni contigerit. Faceſſere patiar privati mei damni ſenſum, ne, dum propriis incommodis indoleſco, non tam amicum, quam memetipſum, amare videar. Quo quidem animo & vos omnes eſſe, pro ea, qua ſenem optimum complexi eſtis, affectione, magna ratio ſuadet, Auditores. Et quis vero negare poteſt optime cum illo actum eſſe, qui facili curſu in portum pervenit æterna quiete placidum, in quo ſemotus a rebus noſtris ſejunctuſque longe, neque miſeriis exeditur, neque iis angitur incommodis, cum quibus nos quotidie dum in terris ſumus, luctamur? Utique contigit ei illud ſingulari Dei favore, ut vegetis adhuc viribus in grandi hac ætate eſſet, ac vix ſentiret ſenectutem ſuam imbecilliorem factam, quam adoleſcentia fuiſſet. Quare & labores patienter tolerabat, & ea faciebat omnia, quibus me quidem tot annis minorem plane ſcio jam nunc etiam eſſe imparem. Cæterum cum ætas ejus jam in flexu eſſet, nec per rerum naturam ſtare diu in iſto robore poſſet, quid, obſecro, longior ei vita attuliſſet, niſi confertim & ſimul omnia mala? Optima quæque & jucundiſſima dies nobis illucet, dum in citeriore termino conſiſtunt anni

noſtri.

noſtri. Quemadmodum in amphora graviſſimum quodque turbidumque ſubſidit, ſic in extremo ætatis noſtræ quod remanet, non modo minimum, ſed peſſimum quoque eſt. Quis noſtrum adeo ultra modum deditus vino eſt, qui extremum amphoræ exſiccet, & fæcem quoque exſorbeat? Beata quædam res eſt ex hoc corpore evocari, antequam decrepita ætas cœperit vitiis ſuis concutere mentem, parteſque ejus convellere, & homini non vitam relinquere, ſed animam. Et quid de ſenectute dico? Juventam ipſam, & annorum noſtrorum vegetum robur ſi ſpectemus, non eſt tam optanda res vita hæc noſtra, quam fortaſſe multis videtur. Quid enim habet boni? Quid non potius moleſtiæ & calamitatis? Ipſe homo, animal iſtud ſuperbum & cæteris imperaturum, imbecillitatis imago eſt, ad omnem fortunæ contumeliam projecta: invidiæ & calamitatis trutina: cætera, ut verbo dicam, pituita & bilis. Nunc de pectore ac faucibus, nunc de capite querimur. Quocunque ſe movet hæc compago ex infirmis fluidiſque contexta, nutrimentum mali ſui ex ſe ducit. Nunc dejectio, nunc deſtillatio vitium facit. Tenuiſſimis cauſis & offenſionibus, ac denique per illas ipſas res, ſine quibus vivere non poſſumus, in tabem imus. In rebus, quæ geruntur, nullum gaudium eſt, quod non continuo contaminet ægritudo aliqua. Dolor & voluptas per vices quaſdam cedunt ſibi, & quidem brevior voluptas eſt. Spectandæ alibi pravæ improborum artes ſunt. Regnum alibi avaritia, alibi ambitio tenet, & inferis ſupera miſcet. Inter hæc mala quoniam verſari neceſſe eſt, quamdiu in his terris gravis quodam neceſſitatis munere perfungimur. quantum, obſecro, jam lucrum eſt, cito emori? quam bene cum illis agitur, qui ex hac vita in quandam veram atque incorruptam felicitatem emittuntur? Falſum eſt & inane, quidquid hic lætum nobis in terris imaginamur, etiam tunc, cum in rebus ſummis & affluentiſſimis ſumus. Cæſar

Augu-

Auguſtus ſupremo die amicos admiſſos percunctatus, *Ecquid in videretur mimum vitæ commode tranſegiſſe*, addebat & clauſulam, juſſitque, *Uti ſtatim, cum exceſſiſſet, plauderent omnes, & cum lætitia ſtrepitum darent.* Nimirum ſummus ille Princeps, qui ex ſe uno pendere omnia videbat, qui imperia gentibus dabat & adimebat, hæc ipſa, quæ tantopere mortales concupiſcunt, propter quæ bella ſuſcipiunt, & rempublicam turbant, quiſquilias volantes & venti ſpolia judicabat. Pertæſus ille mundum eſt, nec amplius agere hiſtrioniam cupiit. Satis diu hoc ſaxum volverat. Liberari voluit. De cæteris paganis, qui pariter religionis noſtræ ſacra non novere, quid dicam? Equidem ego, cum eos intueor, pleroſque eorum video, qui modo pectus ſapientiæ ſtudiis imbuerant, ita animatos fuiſſe, uti mortem non jam fortiter ferendam, ſed etiam optandam exiſtimaverint. Non libet mihi ejus rei exempla, quæ prope infinita ſunt, afferre, ne in immenſum noſtra evagetur oratio. Illud duntaxat ad nos pertinet, ut cogitemus, ſi tanta animi promptitudo ad excipiendam mortem in illis fuit, multo jam magis in nobis, qui Dei Dominique noſtri Jeſu Chriſti diſciplinam profitemur, tale & ſtudium & votum eſſe oportere. Quid enim? Non illi miſeram ſortis ſuæ conditionem, quæ ex peccati pœna atque ex juſta Dei ira proficiſcitur, ſcivere. Nec rurſus futuri ſeculi agnoverunt bona, quæ Chriſtianis ex meritis Servatoris noſtri exſpectanda ſunt. Sed nec intelligebant, quà via ad æternam felicitatem, quæ promiſſa nobis poſt hanc vitam eſt, pervenirent. Non capiebat mens eorum tenebris obſita tantam rem, tam ſalutarem, tam divinam. Et tamen pulcrum putabant mori, uti immunes ſaltem a vitæ malis eſſent. Silenus, hominum olim omnium ſapientiſſimus, cum a Mida rege captus eſſet, hoc ei muneris pro ſua miſſione dediſſe ſcribitur: docuiſſe Regem, *Non naſci homini longe optimum eſſe; proximum autem quam primum mori.* Male ve-

ro & perquam inepte Silenus ſenſit. Eſt quidem verum alterum illud, *optimum cito mori*, certe homini Chriſtiano. Quid enim pulcrius eſt, quam eſſe cum Chriſto? At prius illud, *non naſci*, non eſt optimum. Quin imo magnum beneficium eſt, cum natos nos Deus ad æternam vitam, atque ad beatiſſima gaudia per pauxillum ærumnæ traducit: cum redemptos nos ex tenebrarum vinculis in regnum filii ſui tranſcribit, ubi omnia rerum omnium arcana nobis retegentur; ubi admirabimur divinam lucem, eamque ſuo loco videbimus, quæ nunc per nebulam nobis fulget; ubi gaudium ineffabile eſt, quod nec oculis quiſquam ante adſpexit, nec auribus percepit, nec animo aut cogitatione complecti potuit. Equidem ego, quid de Homero pronuntiandum ſit, quem tanti fecit antiquitas, neſcio. Certe quidem in tanto auctore ridiculum illud eſt, ac longe etiam a ſapientiæ ſacris alienum, cum apud eum Achilles in mortuorum ſedibus regnum in manes cæteros tenens, *Malle ſe* ait *in terris pauperi colono viliſſima mercede ſervire, atque agros colere, quam illic imperium & ſummam rerum tenere.* Nimirum ſcripſit hoc ille, qui ut oculis, ita mente etiam in religionis cauſa cœcus erat. Melius longe rectiuſque ſenſit divinus noſter vates, qui eodem tempore pæne vixit: cujus illud extat oraculum, *Cupere ſe potius in Dei atriis per unum diem eſſe, & janitoris munere illic fungi, quam alibi vivere per mille annos.* Tantam ille beatitudinem & gloriam ejus vitæ cogitavit, quæ nos ſacratos in omnia ſecula cum Deo conjungit, & ſupra rerum hoc univerſum collocat. Hæc eſt, Auditores, hæc eſt illa felicitas, qua optimus ſenex noſter fruitur, qua totum ſe perfundit, quam excipit magna & æterna pax, quam nullus mœror nulluſque metus contaminat. Et quid dicam amplius? aut quo modo dicam? aut quid omnino non dicam? Jam medius fidius, cum iſtam ſortem ejus cogito, propemodum dolet mihi, quod me anteceſſerit. Sed non patitur

aut

aut candor meus, aut illius amor, ut quidquam illi invideam. Beatum vero te, beatum ter quaterque, Bronchorſti! qui, cum antea multam operam in rerum ſacrarum perveſtigatione poſuiſti, nunc cupiditatem tuam exſaturare potes, & ea inſpicere, ea diſcere, quæ nos cuncti ignoramus. Nunc inter cœleſtes orbes vero lumine te imples; nunc noctem noſtram, & has tenebras, in quibus vivimus, miraris. Nunc procul dubio ſedes illic, & ludibria cadaveris tui rides ex alto. Liberatus jam es ab omnibus malis, atque etiam ab eorum judiciis, qui nec præſentem virtutem æſtimant, & ſublatam ex oculis quærunt fruſtra. Tu vero vale, vir ſumme, & æternum ſalve. Nos, ſicut te viventem impenſe & amavimus & coluimus, ita memoriam tui cariſſimam jucundiſſimamque jure meritoque deinceps conſervabimus.

CEN-

Digitized by Google

Digitized by Google

CENTURIÆ PRIMÆ
ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ

ASSERTIO I.

Jus a juſtitia appellatum eſt.

HÆC etymologia juris traditur ab Ulpiano in *l. 1. ff. de juſt. & jur.* Quæ tamen notatio ſeu definitio nominis duobus argumentis impugnatur.

Primo adverſatur, quod ex Grammaticorum præceptis derivata & compoſita a ſuis primitivis & ſimplicibus denominantur; ideoque quia juſtitia vocabulum eſt compoſitum, dictum ex eo quod jus ſeu vim ſiſtat, jus vero ſimplex, potius juſtitia a jure derivatur.

Secundo jus in mente humana natum eſt, & a prima creatione auctore Deo in animis hominum infuſum. Juſtitia vero eſt virtus, quæ longo uſu & exercitatione acquiritur. Ergo jus prius eſt juſtitia. Notitiæ enim priores ſunt habitu.

Reſpondeo ad primum argumentum. Non voluit JC. hic Grammaticam nominis notationem inculcare, ſed potius hæc eſt Logica ſive Dialectica notatio, conſiderans productionem ſeu derivationem rerum. Jus ſiquidem a juſtitia, veluta cauſa, materia ſcilicet, forma, ac fine ſuo deducitur, *Weſen. in parat. ff. de juſt. & jur. num.* 14. Quod ad alteram objectionem attinet, ita reſpondendum eſt. Jus hic non accipi pro communibus æqui & boni, juſti ac injuſti notitiis, mentibus hominum innatis, ſed pro doctrina & arte juris, libris JCrum comprehenſa. Unde ſequitur hanc definitionem nominis ſtatim definitio rei in *d. l.* 1. quod jus ſit ars æ-

qui & boni. Itaque quatenus jus pro arte & doctrina juſtitiæ ſumitur, cujus regulas & præcepta proponit, jus a juſtitia recte appellatum cenſetur: quia artium nomina ab iis rebus, quarum præceptiones artibus continentur, appellari ſolent. Sic Grammatica a literis, Arithmetica a numeris, Geometria à ponderibus & menſuris denominatur. *Govean. lib.* 1. *var. lect. jur. c.* 18.

ASSERTIO II.

Juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas, jus ſuum cuique tribuens.

PRoponitur hæc definitio ab Ulpiano in *l.* 10. *ff. de juſt. & jur.* & inculcatur ab Imp. Juſtiniano, in *inſtitut. eod. tit.* Verum contra eam recte ita argumentabitur aliquis: Juſtitia non vere & convenienter dici poteſt perpetua & immutabilis voluntas, quia nemo eſt ita ab animo comparatus, ut perpetuo & conſtanter velit cuique jus ſuum tribuere. Homo enim habet lubricos affectus, quibus impulſus, a juſtitiæ formula interdum declinat. Reſpondendum breviter & aperte, quod juſtitia hic definiatur prout eſt in abſtracto, non in concreto, hoc eſt, quatenus juſtitia per ſe conſideratur, non quatenus homini ineſt. Sic Ariſtides quanquam eſt juſtus, non tamen eſt juſtitia in eo immutabilis. Et quamvis homo ſubinde a recto tramite juſtitiæ deflectat, non tamen hoc fit vitio juſtitiæ, ſed hominis depravata natura. Neque jure aut merito quis Ulpianum reprehendat, ac ambitioſius feciſſe cauſetur, quod juſtitiam definiat, quam non modo conſequi, ſed ne ſperare quidem liceat. Nam tametſi veri juris germanæque juſtitiæ ſolidam & expreſſam effigiem nullam tenemus, ſed umbra & imaginibus tantum utimur, ut ait Cicero, non ideo tamen minus veram & germanam juſtitiam definire, atque velut ſcopum imitandum, & aſſequendum nobis proponere debemus. Pulchre *Contius in notis ad inſtitut. tit. de juſt. & jur. Faber in juriſprud. Papiniani, in definitione juſtitiæ. princ.* 4.

ASSERTIO III.

Unicum eſt jus naturale, unicumque jus gentium, exploſa DD. diſtinctione inter primævum & ſecundarium jus.

TRiplex diviſio juris a JCtis eſt tradita, & in libros juris Romani relata, nimirum quod Jus ſit aut naturale, aut gentium, aut

aut civile. §. *fin. inſt. de juſt. & jur. l.* 1. §. 1. *ff. eod.* Jus naturale eſt, quod ex naturæ inclinationibus, quæ nobis cum cæteris animantibus ſunt communes, proficiſcitur. Licet enim bruta animantia rationis & proinde juris, quod a ratione oritur, ſint expertia, tamen quæ bruta faciunt incitatione & inſtinctu naturæ, ea ſi homines adhibita recta ratione faciant, jure naturali facere cenſentur, *Cujac. in notis inſt. tit.* 2. *Govean. lib.* 1. *var. lect. jur. c.* 19. Hujus juris exempla ſunt, ordinata maris & fœminæ conjunctio, liberorum procreatio, educatio, & ſucceſſio. *d. l.* 1. *l. ſcripto. ff. unde lib. l. ult. C. de alend. lib.* Item cuſtodia & defenſio vitæ, propulſatio violentiæ, communis omnium poſſeſſio, & omnium una libertas. *c. jus naturale. diſt.* 1. *l.* 3. & 4. *ff. de juſt. & jur.* Jus gentium eſt, quod naturali ratione conſtitutum, & omnium gentium conſenſu ac moribus approbatum & receptum eſt. *l. omnes populi.* 9. *ff. de juſt. & jur.* Ex hoc jure diſtinctiones dominiorum, contractus & obligationes, item bella, captivitates & ſervitutes, introducta ſunt. *l.* 4. & 5. *ff. de juſt. & jur.*

Contra hanc JCrum diſtinctionem, aliam vulgo interpretes excogitarunt, qua jus naturale, item gentium, aliud primævum aliud ſecundarium appellant. Jus naturale primævum ſtatuunt, quod omnibus animantibus commune eſt. Jus naturale ſecundarium, ſeu jus gentium primævum vocant, quod natura homini in prima creatione inſevit, ut ſunt normæ & diſcrimina honeſtorum & turpium. Cujus exempla ſunt, religio erga Deum, pietas in patriam & parentes, alterum non lædere, neminem locupletari debere cum alterius jactura. *l.* 2. *ff. de juſt. & jur. l. nam hoc. ff. de cond. indeb.* Jus gentium ſecundarium dicunt, quod non a ſimplici ratione naturali proficiſcitur, ſed per ratiocinationem, uſu & humanis neceſſitatibus exigentibus, homines communi conſenſu conſtituerunt. Cujus juris ſunt bella, ſervitutes, diſtinctiones dominiorum, & contractus. Late *Minſ. ad* §. 1. *inſt. tit.* 2. ubi hanc diſtinctionem DD. in ſcholis receptam eſſe inculcat. Verum licet hæc diſtinctio commodioris doctrinæ gratia tolerari poſſit, tamen ſi ad exactam juris rationem & veritatis trutinam revocetur, vera non eſt: alioqui mancus & imperfectus eſſet Ulpianus in *d. l.* 1. ubi unicum jus naturale, & unicum jus gentium ſtatuit. Cauſam receptæ diſtinctioni DD. dedit, quod cum jus gentium dicatur naturali ratione conſtitutum, tamen multa ſunt juris gentium, quæ juri naturali adverſantur & repugnant, ut ſunt bella, & ſervitutes, res rationi naturali maxime contrariæ, cum natura omnes homines ab initio liberos procreaverit. §. *jus autem gentium. inſt. tit.* 2. *d. l.* 5. Item dominiorum diſtinctiones & acquiſitiones: nullius enim a natura quicquam erat proprium ab exordio generis humani. *l.* 1. *ff. de acq. rer. dom. Cicero* 1. *Officior.*

Sed huic objectioni reſpondetur, quod communio bonorum,

& libertas, non ſunt tam jus, quam bona quædam integræ & incorruptæ naturæ convenientia, quæ depravata natura humana non poterant amplius retineri. Cum enim partim propter plurimorum ignaviam, qui paſci alieno labore volebant, partim ob ſævitiam potentiorum, qui tenuiores & imbecilliores communium rerum uſu prohibebant, non poterant amplius homines in communione vivere, ſublatum eſt communionis univerſalis bonum, & diſtinctio dominiorum introducta. Præterea ſervitutes & bella ad defenſionem innocentum, & reprimendam improborum audaciam ſunt excogitata, quæ hiſce depravatis hominum moribus, & rectæ rationi conveniunt. Vide *Weſemb. in parat. de juſt. & jur. num.* 15. *Baro. ad.* §. *ſingulorum. inſt. de rer. diviſ. Corraſ. lib. 6. miſc. cap. ult.*

ASSERTIO IV.

Jus naturale eſt immutabile.

Hoc diſcrimen inter jus naturale & civile legibus proditum eſt, quod nimirum hoc ſit mutationi obnoxium, illud non item. §. *pen. inſt. tit.* 2. Cum enim jus naturale ſit in naturali ratione & æquitate poſitum, & mentibus hominum a Deo inſculptum per creationem, ſequitur, quod ſicut Deus auctor legis naturæ non mutatur, ita nec jus naturale, quod ex divinæ rationis dictamine procedit, variatur. Jus autem civile, cum ſit humana auctoritate magiſtratus conſtitutum, propter varias negotiorum ac rerum circumſtantias ſæpe mutatur.

Objicitur, quod libertas eſt juris naturalis: omnes enim homines jure naturali ab initio liberi naſcebantur. §. *jus autem gentium. inſt. tit.* 2. Sed hæc libertas multis aufertur, & pleriſque civilibus legibus ſervitus imponitur, quæ juri naturæ contraria eſt. Reſp. Jus naturale prorſus tolli & aboleri non poteſt, derogari tamen ei ex parte poteſt. §. *ult. inſt. de legit. agn. tut.* Unde lex ait, jus civile dici, quod neque in totum a jure naturali recedit, neque per omnia ei ſervit. *l. 6. ff. de juſt. & jur.* Et ideo in ſervis non plane tollitur libertas, ſed libertatis vis & officium ſuffocatur, ne effectum ſuum producere poſſit. Sic cum dicitur capitis diminutione maxima & media cognationis jus tolli, in *d.* §. *ult.* hoc non ita eſt accipiendum, quod ipſa cognatio naturalis tollatur, quia jus ſanguinis eſt immutabile. *l. jura ſanguinis. ff de R. J.* ſed quod effectus cognationis, puta ſucceſſiones & tutelæ, per jus civile, puta per maximam & mediam capitis diminutionem, impediantur.

Secundo objicitur, quod lex naturæ dictat neminem cum alterius injuria locupletari debere. Sed ab hac naturali ratione recedit uſucapio, ubi invito domino aufertur ſua poſſeſſio per longi temporis uſum. Reſp. Jus naturæ a jure civili quandoque recipit tem-

temperamentum & limitationem. Siquidem lex naturæ inferior, quæ vetat nos cum alterius damno locupletari, legi ſuperiori cedit, quæ univerſalem humanæ ſocietatis conſervationem efflagitat. Ceſſante enim uſucapione non poſſent homines tuto & quiete res ſuas poſſidere, nemo poſſet eſſe certus de dominio rei ſuæ, etiamſi quam diutiſſime eam poſſediſſet, ſed ſemper timeret, ne verus dominus eam ſibi auferret. Ideoque ne amplius incerta eſſent rerum dominia, uſucapio introducta eſt bono publico. *l.* 1. *ff. de uſucap.* nam incertitudine iſta manente civilis vitæ ſocietas commode conſervari non poterat. Præterea uſucapio ad lites minuendas magnopere pertinet, quas amputari intereſt reipub. *l. ult. ff. pro ſuo.*

ASSERTIO V.

Æquitas præfertur ſtricto juri.

INſignis & egregia extat in jure prodita regula, quod judex in omnibus æquitatis & juſtitiæ magis, quam ſtricti juris rationem habere debet, quæ traditur in *l. placuit. C. de judic. & l. in omnibus.* 91. *ff. de R. J.* Hinc præcipitur judici, ut in condemnando & abſolvendo æquitatem ſemper ante oculos habeat *l.* 4. *ff. de eo quod cert. loc.* Similiter & in *l. ſi quis.* 14. §. *idem Labeo. ff. de relig. & ſumpt. fun.* traditur a judice ſolutius & liberius eſſe æquitatem amplectendam, quam merum & ſummum jus. Pariter & in *l. ſi ſervum.* 91. §. *ſequitur. ff. de V.* O. a JCto Paulo reſponſum eſt, quod in quæſtione de bono & æquo ſub auctoritate juris ſcientiæ plerunque perniciose erratur.

Verum cum hac deciſione pugnat *l. proſpexit.* 12. *ff. qui & a quib. manum,* ubi dicitur, quod, etſi lex ſcripta ſit perquam dura, tamen ſervanda eſt. Unde ſequitur, quod judex ſequi debet id quod legibus præſcriptum eſt, ſtrictumque jus æquitati præferre tenetur. Reſp. Sic habendum eſt. In caſibus a lege expreſſis lex ſequenda eſt, etiamſi dura aut iniqua videatur. Hæc durities a ſolo Principe mollienda eſt, qui de caſu ambiguo, de quo non liquet, a judice conſulendus eſt. *l.* 1. *C. de relat. l. ult. C. de le ib.* Hoc ſibi apud Gallos hodie vindicant Parlamenta adverſus inferiores judices, a quibus ad ipſam curiam appellatur. In caſibus vero non ſcriptis & a lege prætermiſſis judex æquitatem rigori præferre debet: nam ut Ariſtot. ſcribit. æquitas nihil aliud eſt, quam Legis ſcriptæ interpretatio & ſupplementum, *ἡ ἐπιείκια ἐστιν τοῦ γεγραμμένου νόμου ἔλλειμα.* Imo æquitas nihil aliud eſt, quam dictamen rationis naturalis, & naturalis juſtitia & æquitas idem eſſe videntur. *l. ſcire oportet.* 13. §. *aliud autem. ff. de excuſ. tutor. Cujac. lib* 2. *feud.*

cap. 1. *Cicero pro Cæcin.* Hæc eſt illa æquitas, quam perfectam rationem appellant, quæ leges ſtrictumque jus interpretatur & emendat, nulla ſcriptura comprehenſa, ſed ſolum in vera ratione conſiſtens. Cum enim omnes articuli ſigillatim legibus non poſſint comprehendi, hinc judex in caſibus lege non expreſſis & ſimilibus, æquitatis ratione ad ſimilia procedere, & juriſdictione ſua legis defectum ſupplere debet. *l. neque. l. non poſſunt. cum ſeqq. ff. de leg.* Talia vero multa ſunt, quæ certis & præciſis regulis comprehendi non poſſunt, ſed neceſſario religioni & prudentiæ judicis committuntur. *l.* 3. *ff. de teſtib. l. ubicunque. ff. de itin. act.* Pulchre *Gothofr.* ad *l. placuit. C. de judic. & l.* 1. *C. de legib. Anton. Fab. in Juriſprud. Papinian. tit. de juſt. & jur. cap. de æquitate & bona fide illat. Ja. Covea. lib.* 1. *comment. Luc. c.* 7. *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. c.* 3. *Duaren. lib.* 2. *diſput. anniverſariarum. cap.* 18. *M. Antonius Delrio in ſuis miſcellan. in annotationibus ad d. l. proſpexit. & d. l. placuit.* ubi plures concordantes adducit. *Conna. lib.* 1. *comment. juris civilis. cap.* 11.

ASSERTIO VI.

Quilibet Populus, & qualibet civitas jus ſibi condere propria auctoritate non poteſt.

QUæritur, An quælibet civitas poſſit propria auctoritate jus ſtatuere, ſine permiſſu ſuperioris. Et videtur ſimpliciter & indiſtincte dicendum, quod poſſit, quia in *l. omnes populi. ff. de juſt. & jur.* hoc jus per repetitam geminationem conceditur, quod quilibet populus & quælibet civitas propriis legibus uti & vivere poſſit. Deinde fruſtra homines & civitates coire naturalis ratio inſtituiſſet, niſi quemadmodum inter ſe viverent, diſponendi feciſſet poteſtatem. Verum contraria ſententia probabilius videtur defendi poſſe, quod ſcilicet quælibet civitas propria auctoritate jura condere non poſſit: idque ex hac ratione, quia jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt. *l. jus publicum. ff. de pact.* Atqui civitates Pop. Romano ſubjectæ privatorum loco habentur. *l. bona.* 15. *de ff. V. S.* Ergo non poſſunt contra juris publici formam arbitrio ſuo leges ferre. Hinc ergo concludendum videtur, quod civitates poſſunt quidem leges ferre, quas municipales dicimus; ſed non tales, quæ juri publico, aut Principis conſtitutioni derogent: & valent earum ſtatuta magis in vim cujuſdam pacti, quam legis, *l. ult. ff. de coll. & corp. l. ult. C. de leg.* Itaque ſi juri communi, aut Principis edictis ſtatuta civitatum repugnent, non valebunt, niſi confirmatio Principis accedat. *l.* 3. §. *Divus. ff. de ſep. viol.* Ita notat *Baro ad l.* 3. *ff. quod cuj. univ. nom.*

Objicitur *l. Antiochenſium. ff. de privil. cred.* ubi dicitur, quod An-

Antiochia civitas jure proprio, ſeu lege patria contra juris communis diſpoſitionem privilegium habeat, ut tacita & privilegiata hypotheca in bonis debitorum utatur. Ergo propria & peculiari poteſtate poſſunt civitates leges & privilegia concedere ſine auctoritate Principis. Reſp. ſub diſtinctione. Aut civitates ſunt liberæ, nullius juriſdictioni ſubjectæ, ut ſunt civitates imperiales, & hæ ſi regalia habent, condere ſibi quaſlibet leges proprio jure poſſunt *d. l. Antiochenſium.* Aut recognoſcunt ſuperiorem, ut oppida Principum, & hæc poſſunt, facere ſtatuta, dummodo juri publico, ut Principis edictis, non repugnent. Vide *Zazium ad l. de quibus. num. 15. & 16. ff. de leg.* ubi hanc diſtinctionem comprobat.

ASSERTIO VII.

Lites & controverſiæ ex præſcripto legum, non ex arbitrio judicis dijudicari debent.

HÆc aſſertio probatur in §. 1. *inſt. de off. jud.* ubi pro regula traditur, quod judices ſecundum leges, conſtitutiones Principum & conſuetudines judicare debent. Ratio eſt, quia jus certum eſt, & æquabili fronte omnes aſpicit. *l. 2. ff. de jur. & fact. ign.* Itaque potius ex eo, quam ex humanis arbitriis quæ moveri gratia, frangi potentia, prece precio ve corrumpi, odio, ſpe aut metu concuti poſſunt, judex juſtitiam adminiſtrabit. Unde & debent judices initio ſuſcepti officii jurare, quod ſecundum legum obſervationem judicare velint. *l. rem non novam. C. de judic.* Cujus jurisjurandi formula præſcribitur in *Novel.* 8.

Objicitur *Auth. hodie. C. de judic.* ubi dicitur, quod hodie judices jurant ſe facturos, ſecundum quod eis viſum fuerit juſtius & melius. Reſp. Hoc ita intelligendum eſt, ut iſtud juſtius & melius ſecundum leges examinari & decidi debeat, ut patet ex *d. Nov.* 8. dum ait textus: *Neutri parti præter jus & fas addictus ero, & æquitatem in omnibus conſervabo.*

Secundo objicitur *l. placuit. C. de judic.* quæ jubet æquitatis magis, quam juris rationem haberi. Reſp. In caſibus lege expreſſis, lex ſequenda eſt, etiamſi dura aut iniqua videatur. *l. proſpexit. ff. qui & a quib. &c.* Cum vero omnes articuli legibus comprehendi non poſſint, judex in caſibus lege non expreſſis, & ſimilibus, æquitatis ratione ad ſimilia procedet, & juriſdictione ſua legis defectum ſupplebit. *l. neque. l. non poſſunt. ff. de ll.* atque ita intelligenda eſt *d. l. placuit.* Si autem caſus ſit ambiguus, ut judici non liqueat, vel articulus controverſus ſcripto & ſententia legis non contineatur, tunc Princeps conſulendus eſt, qui ſolus poteſt legem dubiam interpretari, & ad alios caſus, in quibus eadem ratio non militat, legem producere. *l. 1. C. de relat. l. ult.*

C. de legib. Ita accipienda eſt *l.* 1. *C. de legib.* quæ ait, inter æquitatem & jus ſoli Principi licet interpretationem interponere. Hoc eſt, cum ſententia legis ambigua eſt, & caſus oblatus ſcripto aut ſententia legis non comprehenditur, ipſaque æquitas cum ſcripto jure confligere videtur, tunc ſolus Princeps arbitrium ſuum interponet. *l. & ideo.* XI. *ff. de legib.* Ubi dicitur, de iis quæ primo conſtituuntur, aut interpretatione, aut conſtitutione Principis certius quid ſtatuendum eſt. Atqui ubi voluntas & ſententia legis certa eſt, poteſt judex legem interpretari, & ad ſimilia procedere. *l. non poſſunt.* 12. *ff. de leg.* Ubi dicitur, cum ſententia legis manifeſta eſt, tum is qui juriſdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, & ita jus dicere debet. Vide *Conn. lib.* 1. *comm. jur. c.* XI. *num.* 7. & 8. *Oldend. in. libel. de jure & æquitate.*

ASSERTIO VIII.

Conſuetudo non introducitur decennio, neque duobus actibus contra communem DD. opinionem.

AD introducendam conſuetudinem requiritur actuum frequentia, & tempus, judicis arbitrio definienda: neque ſufficiunt duo actus, & decennium, ut communis habet opinio. Hoc enim commune DD. placitum, quod longo tempore, (quod decennio terminant) & duobus actibus introducatur conſuetudo, a juris intellectu longiſſime abeſt. Primum quippe non duobus actibus, ſed multis & antiquis exemplis opus eſt ad conſuetudinem introducendam. *l.* 1. *C. quæ ſit long. conſ.* ubi dicitur, probatis iis, quæ in oppido frequenter in eodem controverſiarum genere ſervata ſunt, præſes provinciæ ſtatuet. Frequenter autem fit, quod ſæpe & crebro, non quod bis aut ter fit. Sic frequens Senatus dicitur, non ubi duo aut tres, ſed multi ſunt congregati. Conſuetudo enim eſt habitus quidam, qui non uno atque altero actu, ſed longa obſervatione acquiritur. Juxta commune axioma logicum, quod una aut altera actione non acquiritur habitus. Ut ergo conſuetudo legitime introducatur, requiruntur actus tam frequentes, ex quibus veriſimile ſit jus hoc in populi notitiam perveniſſe. *d. l.* 1. *l.* 3. *C de ædif. privat.* Unde duo vel tres actus non ſtatim faciunt conſuetudinem, ſed hoc potius judicis arbitrio relinquendum eſt, ut is ſtatuat, quot actibus populi notitia & conſenſus comparetur. Ita tradunt *Azo in ſum. C. quæ ſit long. conſ. Weſemb. in parat. de legib.*

Opponitur *l.* 3. *C. de epiſc. aud.* ubi dicitur, quod qui bis deliquit, conſuetus ſit delinquere: unde colligitur, ex duobus actibus introduci conſuetudinem. Reſp. In conſuetudine vel aſſuefactio-

nes

ne unius hominis, quæ non facit jus, ſufficiunt duo actus, ad probandum, utrum ſit ille ita aſſuetus vel non. *l. vel univerſorum. ff. de pign. act.* In conſuetudine autem quæ jus facit, certus numerus actuum non eſt determinatus, ideoque hoc judicis arbitrio eſt relinquendum. arg. *l.* 1. §. *fin. ff. de Jur. delib. Curt. ad. c. ult de conſuet. ſect.* 4. *num.* 37. & 39. Neque ſufficit decennii ſpacium ad inducendam conſuetudinem: nam requiritur, ut inveterata ſit conſuetudo. *l. de quibus. ff. de leg.* Quod de ſpacio decennii intelligi non poteſt, cum vetus factum dicatur, quod a noſtra memoria remotum eſt. *l.* 2. §. 1. *ff. de aqua pluv. arc.* Sic etiam longæva conſuetudo appellatur in *l.* 2. *C. quæ ſit long. conſ.* Longævum autem ſpacium de centum annis dicitur *l. an uſusfructus.* 56. *ff. de uſufr. l. ult. C. de SS. eccles.* Cum ergo de tempore inducendæ conſuetudinis varie leges ſtatuant, & modo longævum, modo diuturnum, modo inveteratum tempus requirant, rationi magis conſentaneum eſt, non eſſe hoc tempus certo a jure definitum, quia incertum eſt, quanto tempore notitia ſeu conſenſus populi acquiratur; itaque judicis arbitrio hoc tempus definiendum eſt. *Cujac. in parat. C. quæ ſit long. conſ. & lib.* 20. *obſ. c.* 1.

Neque in contrarium facit, quod conſuetudo dicatur longa & diuturna (quæ verba de decennio interpretes accipiunt, eoque ſolo argumento nituntur) quia & his verbis, longi & diuturni temporis quadraginta anni aliquando ſignificantur. *l.* 2. in verb. *ne conductor diu res alienas tenendo, proprietatis jus uſurpet. C. de præſ.* 30. *ann. l. qui in provincia.* 57. *ff. de rit. nupt. Cujac. lib. obſ.* 18. *c.* 28. *Conn. lib.* 1. *comm. c.* 10. *num.* 6. *Menoch. in arbitrar. jud. lib.* 2. *quæſt.* 83. ubi tradit judicis arbitrio relinquendum, quanto tempore introducatur conſuetudo, quia in jure non reperitur lex, qua hoc tempus certo ſit declaratum, vel definitum.

ASSERTIO IX.

Conſuetudo abrogat & emendat legem ſcriptam.

Probatur hæc theſis in *l. de quibus.* 32. *ff. de leg.* Ubi Julianus ait, leges tacito conſenſu omnium per deſuetudinem abrogari. concordat. §. *pen. inſt. de jur. nat. gent. & civ.* Abrogat itaque conſuetudo legem ſcriptam, & ſi generalis eſt conſuetudo, quæ ubique ſervatur, vincit legem ſcriptam generaliter: ſi vero ſpecialis eſt, tollit legem in eo loco, ubi viget, *d. l. de quibus. ubi gl. magna. l. venditor.* 13. §. *ſi conſtat. ff. comm. præd. l. item.* 6. *in fin. princ. ff. quod cuj. univerſ. nom.*

Objicitur Conſtantini reſcriptum in *l.* 2. *C. quæ ſit long. conſ.* cujus hæc ſunt verba: *Conſuetudinis uſuſque longævi non eſt vilis auctoritas, ſed non adeo ſui valitura momento, ut rationem vin-*

cat aut legem. Ex quo conſequi videtur legem conſuetudine non poſſe abrogari. Ad hanc antinomiam reſpondendum, quod conſuetudo quidem legem tollat & abroget, ſed tamen legislatoris poteſtatem & auctoritatem non adimit, quin poſſit conſuetudinem vitioſam tollere & emendare, vel alia lege poſtea lata, vel legem conſuetudine obliteratam iterum in uſum revocare. Ideoque non dicitur in *d. l.* 2. quod conſuetudo non poſſit legem abrogare, ſed quod legem non vincat: hoc eſt, non poteſt conſuetudo legiſlatoris auctoritatem infringere, quin poſſit lege nova certiori & æquiori ratione ſtabilita, vitioſam conſuetudinem tollere & emendare. Ita erudite & graviter reſpondet **Oldend.** *in princ. claſſ.* cui adſtipulatur *Contius in d. l.* 2.

Opponitur 2. *l.* 3. §. *Divus. ff. de ſep. viol.* ubi reſcripto Divi Imper. Adriani ſtatuitur pœna 40. aureorum in eum, qui mortuum in civitate ſepelivit, & additur eam pœnam habere locum, licet conſuetudo vel ſtatutum municipii contrarium permittat. Reſpondet *Accurſ.* recte in *d.* §. *Divus.* quod ibi conſuetudo vel ſtatutum novam conſtitutionem Adriani principis præceſſit, quæ conſuetudo per ſubſequentem legem abrogatur. Sed conſuetudo nova ſuperveniens poſt legem ante latam, derogat legi præcedenti.

ASSERTIO X.

Conſuetudo tam per actus extrajudiciales, quam judiciales introducitur.

PRobatur primo conſuetudo per ſententias Judicis definitivas ſi nominatim in iis fiat mentio conſuetudinis, vel ſi in ſententia judicis conſuetudo confirmetur, *text. in l. cum de conſuetudine* 34. *& l. nam Imperator.* 38. *ff. de leg.* Secundo per actus extrajudiciales conſuetudo probatur, ſed toties tamen repetitos, ut de tacito Populi conſenſu ex iis conſtare poſſit, *d. l.* 34. *l. ſed & ea. l. nam Imperator. ff. d. tit.* Et hæc eſt communis DD. ſententia, quod etiam actus extrajudiciales ad introducendam conſuetudinem ſufficiant, ut notant *Curtius in tract. de conſuetud. ſect.* 4 *num.* 34. *& ſeq. Gail. lib.* 2. *Obſ. c.* 31. ubi ſecundum eam ſæpius in Camera imperii judicatum refert.

Sed objicitur *d. l. cum de conſuetudine.* 34. *ff. de leg.* ubi dicitur, ad probandam conſuetudinem illud imprimis explorandum eſſe, an etiam contradictorio judicio aliquando ſit firmata. Reſp. Illud non recte ex *h. l.* colligitur, non aliter quam actibus judiciariis probari conſuetudinem, cum ex tacito populi conſenſu ea introducatur, *l. de quibus. ff. de ll.* In iis autem quæ ſolo conſenſu inducuntur, judicis auctoritas vel præſentia non eſt neceſſaria. *l. ſive*

apud

apud acta. C. de tranſ. Recte itaque illi hanc *l.* interpretantur, qui cenſent JCtum magis hoc loco conſilium dare, quam neceſſitatem imponere. Ita ſentiunt *Coraſ. & Vacca* in *d. l. cum de conſuetudine.* Vel dicendum potius cum *Bartolo* in *d. l. de quibus num. 13. ff. de legib.* quod textus in *d. l.* cum de conſuetudine dicat, videndum in probanda conſuetudine, an etiam contradictorio judicio ſit firmata: ubi dictio *etiam*, quæ eſt implicativa particula, arguit aliter quoque quam per actus judiciales probari conſuetudinem. Adde, quod in *d. l. nam Imperator.* alternative ponatur, vel conſuetudinem, vel res perpetuo judicatas vim legis obtinere. Illud etiam notandum, quod *Accurs.* in *d. l. cum de conſuetudine.* addit negationem, & putat ita legendum: explorandum an non contradicto judicio conſuetudo aliquando ſit firmata. Quo nomine tamen reprehenditur ab *Ant. Auguſtino lib. 2. emendat. c. 3.* ubi notat affirmative legendum, ut in vulgatis & Pandectis Florentinis legitur: primum illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando judicio conſuetudo ſit firmata.

Secundo adverſatur *l. 1. C. quæ ſit long. conſ.* ubi ſtatuitur in conſuetudine inducenda probanda eſſe ea, quæ in oppido frequenter in eodem controverſiarum genere ſunt obſervata. Reſp. Ille textus non dicit, quod debeat eſſe judicatum ſecundum conſuetudinem; ſed quod debeat probari obſervantia, & ſic ipſa conſuetudo. Vel dicendum, quod ille textus loquitur de conſuetudine, quæ eſt circa cognitionem litium, & deciſionem cauſarum forenſium, quam debet judex in ſimilibus cauſis decidendo ſequi & obſervare.

ASSERTIO XI.

Princeps legibus ſolutus eſt.

CUm Princeps ſit ſupra leges, & omnem condendæ, interpretandæ, derogandæ & abrogandæ legis poteſtatem habeat. *l. 1. & ult. C. de leg.* hinc ſequitur, quod legum obſervatione non teneatur. *l. princeps. ff. de leg. l. 3. C. de teſt. l. ex imperfecto. 23. de leg. 3.* Licet autem leges & conſtitutiones non ligent ipſum Principem, tanquam legiſlatorem, auctoritate; honeſtate tamen & naturali ratione eum conſtringunt. *l. digna vox. C. de legib. d. l. 3.*

Prædicta autem aſſertio de civilibus legibus & ſolennibus juris accipienda eſt, quibus Princeps non tenetur, ut ſunt ſolennia judiciorum, contractuum & teſtamentorum. Hinc in teſtando non tenetur Princeps ad teſtamentariam obſervationem, quia ejus præſentia ſupplet omnem ſolennitatum defectum. *l. omnium. C. de teſtam. Coraſ. lib. 2. miſc. c. ult.* Sic & Princeps, quæ non jure minuſque ſolenniter facta ſunt, confirmare poteſt, ut adoptionem non

non rite factam. *l. adoptio.* 38. *ff. de adopt.* Sicuti & matrimonium non rite contractum, ſtatumque liberorum non jure quæſitorum corroborare Principem, probat *l. qui in provincia.* 57. *ff. de ritu nupt.* ubi Princeps confirmat matrimonium contractum inter avunculum & neptem ejus. Verum legibus naturæ & gentium Princeps non eſt exemtus. *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. eor. qui ſub tut.* Unde pacta & contractus cum ſubditis initos ſervare tenetur, ex iiſque obligatur efficaciter, *text. in c.* 1. *ubi CC. extr. de probat. l. Cæſar. ff. de publican. c.* 1. *de natur. feud. lib.* 1. *feud. t.* 7. *d. l.* 2. §. 1. *ff. de reb. eor. qui ſub tutel. Weſemb. in parat. de conſt. princ. Bart. ad d. l. digna vox.*

Contrarium autem tradunt ut plurimum interpretes. Principem ſcilicet ex contractibus cum ſubditis initis, tantum jure naturali ſeu gentium ex conſenſu obligari per *l* 1. *cum amplius.* §. *is natura. ff. de R. J. l. Stichum.* §. *naturalis. ff. de ſolut.* non vero civiliter: cum civilibus præceptis Princeps cenſeatur eſſe ſolutus. *Ab. Fel. & Dec. in d. c.* 1. Sed verius *Molineus in addit. ad Decium in d. c.* 1. *& Bald. in d. l. Princeps.* exiſtimant Principem non ſolum naturaliter, ſed etiam civiliter & efficaciter ex contractibus cum ſubditis initis obligari, ne Princeps alioqui omni commercio exuatur. Conſtant enim contractus arithmetica proportione, quæ in commutatione commerciorum æqualitatem plane exigit, nec conſiderat, an aliquis Rex vel ſubditus ſit, dives vel pauper, ſed vult omnes contrahentes ultro citroque æqualiter obligari, & ideo contractus non debent claudicare. *l. cum emtor. ff. de reſc. vend. l. Labeo* 19. *ff. de V. S.* Vide latius de hac quæſtione differentes *Bodin. lib.* 1. *de Repub. c.* 8. *&* 10. *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. c.* 2. *Cujac. lib.* 15. *obſerv. c.* 30. *& lib. obſ.* 26. *c.* 35. ubi *d. l. princeps.* de legibus caducariis & pœnariis accipiendam eſſe defendit, quod ſcilicet illis legibus Princeps ſit ſolutus. Quam *l. Corraſ. lib.* 2. *miſc. c. ult. & Donell. lib.* 1. *comment. c.* 17. de ſolennibus juris accipiunt. Quod ſcilicet Princeps ſolutus ſit, & non obnoxius ſolennitatibus contractuum teſtamentorum, & judiciorum.

ASSERTIO XII.

Communis error minime facit jus.

LEges omnes juris Romani certo animi judicio, ex naturalibus notitiis, juſtis & rectis rationibus, promulgatæ ſunt. Jus enim eſt ars æqui & boni, quæ non ex vago errore & incerto impetu primum cœpit; ſed ex certis præceptis honeſtati & publicæ utilitati convenientibus collecta eſt. Unde minime dubium eſt, illud axioma DD. quod communis error jus faciat, legibus non eſſe conſentaneum.

Probare

Probare conantur hoc enunciatum primò per *l. Barbarius. ff. de off. prat* ubi dicitur, quod acta a Prætore ſervo, qui liber credebatur, dum prætura fungeretur, rata & firma ſunt. Ex quo colligunt, quod communis error & opinio faciat jus. Verum reſpondendum ad *d. l. Barbarius.* quod ſummo jure acta & decreta Prætoris ſervi valere & effectum habere non potuerunt: verum ex benignitate propter utilitatem publicam placuit ea rata ac firma eſſe, ne tam multæ ſententiæ bene latæ reſcinderentur, ac multorum civium jura & poſſeſſiones turbarentur. Erudite & accurate *Hotom. illuſt. queſt.* 17. *Covar. lib.* 1. *var. lect. c.* 6. *Cujac. lib. obſ.* 18. *c.* 33.

Secundo probare intendunt hoc axioma per *l.* 3. §. *fin. de ſup. leg.* ubi Paulus reſpondit, quod error jus faciat. Reſpondendum, quod in diſpoſitione patrisfamilias circa rem familiarem & domeſticam error quidem teſtatoris jus faciat, ſed tamen communis error populi non facit jus univerſale inter omnes homines. Quod ut rectius intelligatur, & ſententia *d.* §. *fin.* dextre explicetur, ſciendum eſt, quod ſupellectilis appellatione aurea & argentea eſcaria & potoria vaſa non continentur, propter ſæculi ſeveritatem, nondum admittentis ſupellectilem argenteam: ſi tamen probetur teſtatorem ea ſupellectili adnumeraſſe, appellatione ſupellectilis comprehenduntur. *d. l.* 3. §. *pen. l. cum quidam. ff. eod.* Ratio eſt, quia in his rebus teſtatoris uſus prævalet, & præcipue attenditur. Male ergo ex *d. l.* 3. colligitur, quod communis error jus faciat, ſed hoc tantum ibi indicatur, quod error teſtatoris in vocabulo jus faciat, in rebus quæ pendent ab ejus voluntate & diſpoſitione; quod non recte interpretes ad quemvis errorem indiſtincte perduxerunt. *Cujac. ad lib.* 3. *ſent. Paul. c.* 6.

ASSERTIO XIII.

Communia a publicis differunt non uſu, ſed proprietate. Communia enim ab omnibus per partes acquiruntur occupando, etiam quoad proprietatem; publicorum vero proprietas eſt in bonis populi.

QUod differant inter ſe communia & publica, & diverſæ diſtinctæque ſint ſpecies, patet ex §. 1. *inſt. de rer. div.* ubi res dividuntur in quinque genera, in communes, publicas, univerſitatis, nullius, & ſingulorum. Differunt autem communia a publicis non uſu, (uſus enim communium & publicorum promiſcue omnibus patet) ſed proprietate. Communia enim ab omnibus occupando acquiruntur tam uſu quam proprietate: & quantum quiſque occupat ex communibus rebus per partes, ipſius efficitur pro-

proprium: communium enim proprietas jure gentium nullius eſt, ideoque occupanti conceditur. *§. littorum. de rer. div. l. quod in littore. ff. de acq. rer. dom.* Exempli gratia, quilibet in mari vel littore maris poteſt inſulas ædificare, moles pilaſve jacere, & ædificans conſtituitur dominus ædificii & ſoli, quandiu ibi ædificium manet. *l. ergo.* 30. *§. ult. l. quamvis.* 50. *ff. de acq. rer. dom.* Publica vero patent, quoad uſum omnibus, ſed non quoad proprietatem: cum proprietas publicorum ſit in bonis Pop. vel imperii Romani. *§. flumina. & ibi Theoph. & Cujac. inſtit. de rer. divis.* Unde nec occupanti flumen proprietas conceditur, ut bene Johannes antiquus interpres ſenſit, cum ſit proprietas ejus occupata a populo. *l.* 7. *§.* 4. *ff. de acq. rer. dom.* Hinc & nemini permittitur in flumine publico molendina vel alia opera exſtruere ſine Principis aut Senatus permiſſu, *l.* 2. *§. ſi quis a principe. ff. ne quid in loc. pub. l.* 2. *in verb. niſi Imperator vetet. §. de flumin.* Uſus tamen fluminum eſt communis; ideoque jus piſcandi in flumine omnibus competit. *d. §. flumina.*

Objicitur *l.* 2. *§. de rer. diviſ.* ubi Martianus in diviſione rerum, quatuor tantum genera enumerat, & omittit publica: ubi communium appellatione videntur publica comprehendi, & ſic inter communia & publica nihil erit differentiæ: quæ *l.* pugnat cum *§.* 1. *inſtitut. de rer. div.* Reſp. Sub rebus univerſitatis comprehenduntur publicæ: bona enim univerſitatis alia ſunt Populi ſeu imperii Romani, & hæc proprie dicuntur publica: alia ſunt bona civitatum publica, & hæc non proprie publica dicuntur, ſed potius res univerſitatis: quia civitates loco privatorum habentur. *l. bona.* 15. *cum ll. ſeqq. ff. de V. S. l. uſucapionem.* 9. in verb. *publicis Pop. Romani. ff. de uſuc. Weſemb. in princ. tit. inſt. de rer. div.* Idque etiam comprobatur per *l.* 1. *ff. eod.* ubi Paulus diſerte ait publicas res nullius in bonis eſſe, addita ratione, quia univerſitatis ſunt. Vel ita reſponderi poteſt, quod Martianus JC. in *d. l.* 2. omiſit publica: hoc ſupplet idem JC. in *l.* 4. *ff. eod. tit.* addit quartum membrum rerum, ſcilicet res publicas, dum inquit, *ſed flumina pæne omnia & portus publica ſunt.*

Secundo objicitur *l. littora. ff. ne quid in loc. pub.* ubi dicitur littora eſſe Pop. Romani. Reſp. Littora Pop. Romani, & ſic publica eſſe dicuntur, quoad imperium ſeu juriſdictionem. Licet enim mare littuſque omnibus ſit commune, etiam quoad proprietatem, tamen, magiſtratus Pop. Rom. illis legem modumque imponere poteſt, quatenus iis ſit utendum: puta navigando, ædificando, ne quilibet pro ſuo arbitrio, & cum damno Reipub. uſum eorum ſibi vindicet. *d. l. littora. & d. l. quamvis. Weſemb. ad d. §. flumina.*

ASSERTIO XIV.

Judex ſecundum ea quæ allegantur & probantur in judicio, non ſecundum ea, quæ ſcit ut privatus, judicare debet.

VEtus eſt diſputatio, tam inter Martinum & Johannem, veteres gloſſatores, quam Juriſperitos recentiores agitata, utrum judex ſecundum conſcientiam, an potius ſecundum acta, & probata judicare debeat. Martinus defendit, judicem conſcientiam ſuam in judicando ſequi oportere. Johannes voluit judicem, juxta allegata & probata pronunciare debere. Verior eſt in hoc conflictu opinio Johannis, quod judex potius probationes, quam conſcientiam ſequi in judicando debeat: Ratio eſt, quia tutior hæc eſt ratio finiendarum litium, quam ſi obtentu ſcientiæ judicis permiſeris, ut nulla habeatur ratio probationum. Probatur hæc deciſio in *l. illicitas.* §. *Veritas. ff. de off. præſ.* ubi ſtatuitur, quod præſes provinciæ, fidem eorum, quæ probabuntur, ſequetur. Secundo confirmatur hoc argumento, quod nemo poſſit ſimul teſtis & judicis partibus fungi. Sed ſi licebit judici, ſecundum ea, quæ ſcit judicare, probationibus deficientibus, aut his, quæ in judicio productæ ſunt, plane contemptis, ſimul teſtis & judicis partibus fungetur, quæ pariter in una perſona convenire non poſſunt. Et hæc eſt omnium fere DD. ſententia, tam a Canoniſtis, quam a Legiſtis approbata, teſte *Coſtalio in d.* §. *veritas.*

Non adjuvat ſententia Martini *l. ſi irruptione. ff. fin. reg.* ubi dicitur, quod tutiſſimus probandi modus ſit, in finibus agri dirimendis, ſi ipſe judex loca oculis ſuis ſubjiciat: unde colligitur, judicem in judicando, ſuam conſcientiam, & animi arbitrium ſequi debere. Quia reſpondendum, quod in finibus agrorum diſtinguendis, judex coram fines intueri debet, & ſecundum id, quod veniens in rem præſentem comperit, judicabit. Itaque non ibi judicat ſecundum ea, quæ ſcit ut privatus, ſed ſecundum ea, quæ evidenti demonſtratione ſibi probata ſunt, ut judici.

Non obſtat quoque *l. unic. C. ut quæ. deſ. advoc.* Ubi dicitur judicem debere ea, quæ a litigantibus omiſſa ſunt, ſupplere; nam hoc ipſa lex ita declarat, quod ea quæ juris ſunt, poſſit judex ex officio ſupplere, ſed non quæ facti ſunt: itaque nec probationes, quæ in facto conſiſtunt, litigantibus ſuppeditabit.

Tertio opponitur. *l.* 3. *verſ. tu magis ſcire debes. &* §. *ejuſdem. ff. de teſtibus.* ubi dicitur judicem poſſe ex præſumtionibus, conjecturis, & indiciis fidem non adhibere teſtium dictis. Ergo poterit judex teſtium probationes omittere, & ſequi potius propriam ſcien-

ſcientiam. Reſp. Non ſunt probationes in mero judicis arbitrio poſitæ, ita ut poſſit veras, & perfectas probationes rejicere, & ſemiplenas pro plenis admittere; ſed hoc judicis arbitrium legibus & conſtitutionibus debet eſſe conforme, ita ut neque veras & legitimas probationes rejiciat, neque falſas & illegitimas admittat. Poteſt tamen judex circumſtantias perſonarum & factorum examinare in teſtibus, ita ut videat, an teſtes ſint integræ famæ, an vero infames an lucri, vel odii gratia quid dicant; ita ut ſuſpectos repellat, idoneos vero & fide dignos admittat.

Quarto contra hanc ſententiam adfertur *l. illicitas*. §. *veritas. ff. de off. præſ.* ubi dicitur, quod veritas rerum, geſtorum, i. e. actorum judicialium, erroribus non vitiatur: quaſi dicat JC. quod veritas cujus judex ſibi conſcius eſt, nullis probationibus ſeu teſtimoniis vitiari debet. itaque judex propriam conſcientiam in judicando ſequetur.

Reſp. Vera interpretatio illius textus eſt, quod judex debet ex veris probationibus, non ex ſimulatis & falſis inſtrumentis, ſententiam dicere. Quod ſi conſtiterit judici, ea eſſe falſa, minime veritas erroneis & falſis inſtrumentis vitiabitur: ut puta, Ego chirographo cavi, me tibi centum debere ex mutuo, quæ mihi vere mutuata non ſunt. Hoc ſi apud judicem probavero, judex non ſequetur meum errorem in cautione ſeu chirographo commiſſum, ſed probatam veritatem in judicio.

Sed qua ratione judex conſcientiam ſuam liberare & purgare poterit, quando ſcit rem aliter ſe habere, quam a litigantibus probatum eſt? an contra animi ſui ſententiam, & rei geſtæ veritatem judicabit? Hic dicendum eſt, quod tutius faciet, ſi a judicando abſtineat: itaque depoſita interim perſona judicis, aſſumet perſonam teſtis vel accuſatoris, quo veritas patefiat, ac ad majorem judicem cauſam judicandam rejiciet. Cautum enim eſt legibus, quoties caſus eſt ambiguus, ut judici de veritate vel jure ejus non liqueat, quod ad majorem judicem, vel principem cauſam referre teneatur, illudque quod ſibi reſponſum fuerit, exequetur. *l. eum quem.* 79. §. *ult. ff. de jud. l.* 1. & 3. *C. de relat.* §. *finali. Nov.* 82. *de judicib.* Itaque ſi res geſta non niſi Principi aut magiſtratui cognita eſt, teſtem quidem agere utrique licet, judicem non licet, ut *Azo* conſultus a Præſide Bononiæ, qui ſine teſte cædem admitti viderat reſpondiſſe dicitur. *Bodin. lib. 6. de repub. cap. ult.* Poſtremo notandum, quod judices ſupremarum curiarum judicare debent ſecundum conſcientiam, quod in curia Parlamenti Delphinatus obſervatum refert *Guido Papa quæſt.* 29. *in deciſionibus Gratianopolitanis.* Approbant & laudant hoc conſilium *Alciat. ad l. inter hac verba.* 179. *de V. S. Hotomann. in illuſt. quæſt. quæſt.* 25. *Cujac. lib. obſ.* 12. *cap.* 19. *Covarruv. lib.* 1. *var. reſol. c.* 1. qui tamen hanc cautelam in medio relinquit.

ASSERTIO XV.

Recte Azo contra Lotharium defendit, quod ſolus Princeps non habeat merum imperium, ſed & alii magiſtratus, contra ALCIATUM.

VEtus eſt quæſtio, an Imp. ſolus habeat merum imperium, an vero & alii magiſtratus, quæ olim in diverſas & contrarias partes agitata fuit a Lothario & Azone JCtis, cum ab Imp. Henrico Lucelburgenſi ipſis fuiſſet propoſita. Lotharius ſiquidem Cæſaris gratiam captans, ſolum Imp. merum habere imperium reſpondit. Azo vero defendit, merum imperium in Imperatore quidem tanquam fonte reſidere, ſed nihilominus alios magiſtratus hanc poteſtatem habere. *Azo in ſum.C. de juriſd.* Licet autem opinio Lotharii probetur *Alciato lib. 2. paradox. c. 6.* tamen vera non eſt, neque legibus congruit, cum etiam aliis quibuſdam magiſtratibus meri imperii exercitium competat. arg. *l. cognitio.* §. *cum propriam. ff. de off. ejus cui &c.* Probat hoc quoque rotundus & apertus text. in *l illicitas.* §. *qui univerſas. ff. de off. præſ.* ubi dicitur: *Qui univerſas provincias regunt, jus gladii habent, & in metallum damnare poſſunt.* Hæc Azonis ſententia communi DD. calculo recepta eſt, ut teſtatur *Anton. Vacca in d.* §. *qui univerſas.*

Pro ſententia Lotharii adfertur *l. 1. ff. de off. ejus cui &c.* ubi dicitur, magiſtratus tantum habere exercitium meri imperii: imo ſæpius executores & adminiſtratores appellantur. *nov. 60. ut defuncti, ſeu funera eorum non injurientur. cap. 2.* Unde infertur, ipſum jus meri imperii Principi tantum, exercitium vero, quod in facto conſiſtit, aliis magiſtratibus competere. Reſp. Hæc verba legis *Azo* interpretatur, ad ipſum jus neceſſario pertinere, quia in *d. l. 1.* diſerte ſcribitur, magiſtratibus jus meri imperii ſpecialiter datum eſſe a lege, SCto, vel conſtitutione Principum. Item in *l. 4. ff. de off. præſ.* affirmatur, præſidem maximum imperium poſt Principem habere. Hæc verba *dare* & *habere*, jus & proprietatem ſignificant, non vero exercitium tantum ſeu adminiſtrationem, quæ in facto conſiſtit. Adde *l. 1.* §. *qui mandatum. ff. de off. ejus cui &c.* Ubi dicitur merum imperium magiſtratibus lege datum. *Fac. l. lege Julia. & l. qui dolo. ff. ad. l. Jul. de vi pub.* ubi dicitur magiſtratus habere imperium poteſtatemve, & alios infinitos locos ſimiles, quos curioſus lector inquirere poterit. Uno tamen intuitu ſolum opinio Lotharii defendi poteſt, videlicet quatenus magiſtratuum creandorum cura ad Principem ſpectat: nam tunc magiſtratum ab eo accipiendo, etiam merum imperium accipere videntur, *l. 1. ff. ad. l. Jul. amb.* Approbant

hanc ſententiam *Muſcornus in tractat. de juriſdict, Bellonus lib.* 1. *ſupputat. juris. c.* 1.

ASSERTIO XVI.

Merum imperium delegari non poteſt, & ne quidem propter abſentiam promiſcue delegari poteſt.

QUæcunque ſpecialiter, hoc eſt, nominatim & expreſſe lege, SCto, vel conſtitutione principum tribuuntur, ea non poſſunt alteri mandari. *l.* 1. *ff. de off. ejus cui &c.* Tale eſt merum imperium, quod ſpecialiter lege datur, nec competit ordinario jure magiſtratus, ideoque ab eo cui datum eſt, alteri delegari nequit. *l. nemo poteſt.* 70. *ff. de R. J.* Ratio eſt, quia ſpecialiter poteſtas meri imperii, nimirum diſceptatio coërcitioque criminum, certis magiſtratibus, ob ſingularem fidem & induſtriam, ad hoc delectis conceſſa eſt. Cum enim antiquitus non liceret injuſſu populi in civis Romani caput animadvertere. *l.* 2. §. *deinde cum ærarium. ff. de orig. jur.* ideo exercitio meri imperii, a populo vel Principe, legibus publicorum judiciorum certis magiſtratibus ſpecialiter tributa fuit, arg. *l. aliud.* 131. *in fin. de V. S. l. ſi quid erit. ff. de off. proconſ. d. l.* 2. §. *deinde Cornelius.* Majus enim negotium majoribus noſtris viſum fuit, de liberi hominis capite ſtatuere, quam ut cujuſvis magiſtratus arbitrio id permitteretur, qui non etiam a tota repub. (de cujus membri mutilatione agebatur) mandatum accepiſſet.

Objicitur quod legati proconſulis, qui mandatam habent juriſdictionem, poſſint etiam criminales cauſas definire, quæ meri ſunt imperii. *l. ſolent. ff. de off. proconſ.* Reſp. Mandata juriſdictione legatis, non tranſit ad eos merum imperium, niſi quod cauſas criminales audire tantum & cognoſcere poſſint, uſque ad ſententiam, non vero judicare, aut exequi. Hinc ſtatuit Juſtinian. legatos proconſulum poſſe omnia agere, quæ ipſi proconſules poſſunt, citra tamen ultimum ſupplicium, aut membri amputationem. §. *antequam nov.* 128. *de collator. & aliis capit.*

Secundo objicitur *l.* 2. *C. de off. ejus qui vic. alter.* ubi vicarius poteſt omnia, quæ ad juriſdictionem præſidis pertinent, actitare; imo poteſt etiam exercere ea, quæ ſpecialiter lege, SCto, vel conſtitutionibus Principum conceduntur. Reſp. Lex non loquitur de eo cui a præſide mandata eſt juriſdictio, ſed de eo, cui temporis cauſa, præſide defuncto, a Principe provincia regenda commiſſa eſt. *l.* 1. *ff. de tut. & cur. dat. ab his, &c. Cujac. lib. obſ.* 19. *c.* 15. *Faber ad l. nemo poteſt.* 70. *ff. de R. J.*

Tertio opponitur *l. unic. C. qui pro ſua juriſd.* ubi dicitur delegatum Principis poſſe nullo perſonarum aut cauſarum habito diſcri-

diſcrimine cauſas aliis ſubdelegare. *Reſp.* Hæc eſt illius legis ſententia, quod delegatus Principis poſſit omnes cauſas ſubdelegare, nulla habita ratione, an ad ſuam juriſdictionem pertineant, nec ne, quia hic delegatus vicem Imperatoris repræſentat, qui in omnes imperium & juriſdictionem habet; non autem ibi deciditur, quod cauſas meri imperii ſubdelegare poſſit. Ita reſpondent *Menoch. lib. 1. de arbit. jud. quaſt. 54. Fachin. lib. 1. contr. jur. c. 47. & libr. 12. c. 97.*

Limitant DD. ſupraſcriptam concluſionem, quod delegari poſſit merum imperium in caſu abſentiæ per *d. l. 1. de off. ejus cui &c.* in verb. *non aliter mandare poterit, quam ſi abeſſe cœperit.* Quæ ſententia vera non eſt, nec quicquam juvatur *d. l. 1.* Nam primum in illa lege hæc regula, tanquam certiſſimum juris principium, ſtatuitur, quod generaliter ea, quæ meri imperii ſunt, delegari nequeant: deinde ſubjicitur exceptio, quod *l. Julia* de vi nominatim cautum ſit, quod ejus criminis exercitio poſſit in caſu profectionis demandari. Itaque non debet hoc, quod ſpecialiter in caſu violentiæ *l. Julia* conceſſum eſt, de quolibet mero imperio, hoc eſt, juris gladii exercitione, concedi: nam pœna *l. Julia* de vi maxime privata, non erat capitalis, ſed tantum ademtio tertiæ partis bonorum. *l. 20. C. ad l. Jul. de vi.* Hodie ex conſtitutione Imp. Caroli V. *In der peinlicher hals gerichtz ordnung.* merum imperium propter abſentiam delegari poteſt. *artic. 2.* Ibi *Auſs ſwachheyt des leibes.*

ASSERTIO XVII.

Conceſſa juriſdictione a Principe, merum imperium non cenſetur conceſſum.

PRobatur hæc theſis hiſce duabus firmis rationibus. Prima eſt, quod merum imperium non aliis competat, quam quibus id ſpecialiter lege, SCto, vel conſtitutione Principum conceditur. *l. 1. ff. de off. ejus cui. &c.* Igitur conceſſa juriſdictione non venit merum imperium, quia ſpecialiter à lege datur. *d. l. 1. § ult.* Altera ratio eſt quod juriſdictio eſt ſeparata ſpecies a mero imperio, eique oppoſita: unde non cenſetur ejus appellatione venire merum imperium. *l. ult. ff. de off. ejus cui &c.*

Objicitur primo huic aſſertioni, quod juriſdictio in genere accepta comprehendit ſub ſe merum & mixtum imperium, & juriſdictionem ſimplicem. *d. l. 1. verſ. veluti.* ubi publici judicii exercitio, quæ eſt meri imperii, appellatur juriſdictio. Similiter in *l. ſi in aliam. 7. §. fin. cum ll. ſeqq. ff. de off. proconſ.* traditur proconſulem habere pleniſſimam juriſdictionem, ex quo infertur in *l. ſeq.* eum habere merum imperium. Ergo videtur juriſdictione conceſſa

ceſſa etiam merum imperium concedi, quia ſemper ſpecialia generalibus inſunt. *l. ſemper.* 147. *ff. de R. J.* Reſp. Tunc demum juriſdictio continet ſub ſe merum imperium, quando in generali & lata ſignificatione accipitur. Quod tunc accidit, cum ex adjunctis verbis liquet, Principem de juriſdictione in genere concedenda cogitaſſe, puta ſi pleniſſimam omnem vel omnimodam juriſdictionem conceſſerit. Probatur in *l.* 7. §. *fin. ff. de off. proconſ.* in verb. *Cum pleniſſimam juriſdictionem proconſul habeat. Longoval. ad l.* 3. *ff. de juriſdiction. parte* 4.

Secundo adverſatur, quod traditur in *l. beneficium. ff. de conſt. Princ.* quod beneficia Principum pleniſſime ſunt interpretanda. Ergo & conceſſa juriſdictione a Principe merum imperium tributum cenſetur, quia in lata & ampla ſignificatione juriſdictionis merum imperium continetur. Reſp. Quod dicitur beneficia Principum latiſſime interpretanda eſſe, hoc verum eſt, modo a jure arctior interpretatio per aliam legem non approbetur, quod fit in definitione hujus articuli, per *d. l. ult.* ubi dicitur, conceſſa & tranſlata juriſdictione non cenſeri merum imperium transferri. *Longov.* d. loco.

Communiter tamen in hac quæſtione ſervatur diſtinctio Felini, tradita *in c. quoad ſedem. extr. de off. ordin.* quam communem teſtatur *Cagnol. in l. imperium. num.* 93. *ff. de juriſd.* Aut Princeps donat vel concedit caſtrum, cui cohæret merum imperium cum juriſdictione, & tunc quoque merum imperium tranſlatum cenſetur. Aut Princeps ſimpliciter alicui concedit juriſdictionem: quo caſu non tribuitur merum imperium, ſed ſimplex ſeu ſpecialis juriſdictio, quæ in cauſarum civilium cognitione & dijudicatione verſatur. *Covarr. in d. c. quoad ſedem. num.* 10. Vide *Fachin. lib.* 7. *controv. cap.* 69. *& lib.* 13. *controv. cap.* 19. *& Menoch. lib.* 3. *præſumt. præſumt.* 97. Diſſentit *Muſcornus in tract. de juriſd. num.* 5. *&* 26.

ASSERTIO XVIII.

Mixtum imperium delegari poteſt, & mandata juriſdictione transfertur contra communem DD. ſententiam

Controvertitur acriter à DD. an ea, quæ mixti imperii ſunt, delegari poſſint? Et licet communiter DD. concludant non poſſe delegari, probabilior tamen & verior apparet contraria ſententia. Probatur hæc concluſio in *l.* 4. §. *ut poſſeſſio. ff. de off. ejus cui &c.* ubi dicitur, quod mandari poteſt, ut poſſeſſio bonorum detur, vel ſi cui damni infecti non caveatur, ut is poſſidere jubeatur.

tur. Quæ omnia mixti imperii eſſe probat *l. ea quæ. ff. ad munic. & l. jubere. ff. de juriſd.* Quod autem ex communi opinione DD. in *d.* §. *ut poſſeſſio.* traditur cognitionem tantum mandari poſſe, non autem pronuntiandi jus, neque ipſam miſſionem in poſſeſſionem, & lege & ratione caret, ut notat *Coraſ. ad d.* §. *ut poſſeſſio.*

Secundo, mandata juriſdictione privato, etiam imperium quod merum non eſt, transfertur. *l. fin. ff. de offic. ejus cui &c.* atqui imperium non merum, omnimodo mixtum ſit neceſſe eſt, cum imperium ſolum dividatur in merum & mixtum. Tertio a prætore & quolibet fere magiſtratu judicis datio alteri mandari poteſt: jus autem delegandi cauſas, ſeu judices dandi, mixti eſt imperii. *l. cum prætor. ff. de judic.* ibi, propter vim imperii. Probant hanc ſententiam *Longoval. Goveanus & Cujacius*, aliique recentiores ad *l.* 3. §. *de juriſd. Baro, Coraſ. & Coſta. in d. l.* 1. *de off. ejus cui &c. Alciat. lib.* 2. *paradox. c.* 1.

Male interpretes communiter ſententiam ſuam confirmant ex *l. nec quicquam.* §. *ubi decretum. ff. de off. proconſ.* Ubi dicitur, quoties decretum neceſſarium eſt, per libellum id proconſul expedire non poteſt. Quo loco libellum accipiunt pro delegatione, quaſi cauſæ mixti imperii, quæ nobili judicis officio, & decretis interpoſitis expediuntur, non poſſint delegari: ſed nullo juris teſtimonio confirmari poteſt, libellum accipi pro delegatione. Verus itaque & planus ejus legis ſenſus eſt, quod ubi decretum neceſſarium eſt, non ſatis eſt, quod proconſul ſubſcribat libello ſeu ſchedæ ſupplici, ſed debet ſolenniter de negotio inquirere, & cum plena cauſæ cognitione interponere decretum, *l. judex. & l. ult. C. comm. epiſt. ſubſcr.* audita etiam parte adverſa. *l. minorum.* 6. *C. de præd. & al. reb. minor. Alciat. lib.* 2. *paradox. cap.* 3.

Poſtremo objicitur *l. ubicunque. ff. de R. J.* ubi dicitur, quod ubicunque cauſæ cognitio deſideratur, prætor intervenire debet. Ex qua *l.* colligunt interpretes, in cauſis magni momenti, quæ magis imperio quam juriſdictione expediuntur, quæ ad mixtum imperium pertinent, prætoris præſentiam requiri, ideoque tales cauſas non poſſe delegari. Reſp. quod cauſæ mixti imperii pertineant ad prætoris, conſulis, & aliorum majorum magiſtratuum cognitionem: minores enim magiſtratus, qui ſunt ſine poteſtate & imperio, ut ſunt magiſtratus municipales, non habent mixtum imperium. *l. nec magiſtratibus.* 32. *ff. de injur. l. ea quæ. ff. ad munic.* Inde tamen non ſequitur, cauſas mixti imperii non poſſe delegari, quia is, cui prætor, vel alius magiſtratus mandat juriſdictionem, fungitur vice ejus qui mandavit, & locum prætoris obtinet, *l. ſolet.* 16. *ff. de juriſd.*

Tertio obſtat *l. placet. C. de pedan. judic.* Ubi dicitur, præſides cauſas, de quibus ex officio cognoſcere ſolent, judicibus delegare non poſſe. Reſp. Iſte eſt ſenſus illius legis, quod præſides gravio-

ribus occupationibus impediti, non poſſunt generaliter omnium graviorum cauſarum cognitionem judicibus pedaneis delegare; ſed tamen poſſunt ſpeciatim & particulariter cauſas graviores, quæ mixti ſunt imperii, delegare. *Longoval. ad l.* 3. §. *de juriſd. Ravar. lib.* 3. *ambiguit. jur. c. ult.* Vide fuſius de hac quæſtione diſputantem *Fachinæum libro* 13. *controv. jur. cap.* 1. & 96. *Nicolaum Genoam in conciliationibus legum pugnantium. conciliat.* 3.

ASSERTIO XIX.

Tutoris datio, neque imperii neque juriſdictionis eſt.

Diſputatur inter interpretes vehementer, an tutores dare ſit mixti imperii. Alii id quidem mixti imperii eſſe contendunt. arg. *l.* 1. *ff. de juriſd.* ubi *Bart. & communiter DD. commune placitum eſſe, affirmat Minſ ad* §. *ſed hoc jure. inſt. de Attil. tut.* Sed verius eſt, quod ait *Ulpian. in l. muto.* §. *tutoris. ff. de tutel.* neque imperii eſſe, neque juriſdictionis, ſed ejus, cui lex, SCtum, vel Princeps nominatim dedit. Itaque tutoris datio eſt legis, & datur legibus ſpecialiter, hoc eſt, illis tantum competit, quibus ſpecialiter dedit lex, SCtum, vel Princeps. Sic lex Attilia prætori, lex Titia præſidibus tribuit jus dandi tutores. §. 1. *inſt. de Attil. tut.* Sic legati proconſulis ex oratione D. Marci tutorem dare poſſunt. *l.* 1. *ff. de tut. & cur. dat. ab his.* Tutoris ergo datio eſt legis, non imperii vel juriſdictionis poteſtate continetur. Prætor enim dat tutorem, non quia eſt Prætor, ſed quia nominatim hoc ei dedit lex Attilia. Et ideo ſi prætor juriſdictionem ſuam Titio mandet, (ut poteſt) in Titium non tranſit jus dandi tutoris, quoniam mandata ſunt Titio, ea quæ ſunt juriſdictionis, non ea quæ ſunt legis, quæ non poſſunt mandari. *l.* 1. *ff. de off. ejus cui &c.* Itaque tutoris datio non poteſt delegari, quia quæ lege, SCto. vel Principum placitis nominatim dantur, demandari non poſſunt. *d. l.* 1. Objicitur. *l.* 3. *ff. de tut. & cur. dat. ab his &c.* ubi dicitur, jus dandi tutorem conceſſum eſſe omnibus magiſtratibus, etiam municipalibus. Ergo tutoris datio competit jure magiſtratus. Atqui talia quæ jure magiſtratus competunt, mandari poſſunt. *l.* 1. *ff. de off. ejus cui &c.* Reſp. Ita accipienda eſt *d. l.* 3. quod magiſtratibus competat jus dandi tutores, non jure magiſtratus, ſed ex ſpeciali legis conſtitutione & conceſſione. Ita eleganter reſpondet *Fachin. lib.* 12. *controv. c. ult.*

Secundo objicitur *l.* 1. *ff. de juriſd.* ubi dicitur, pertinere ad jus dicentis officium pupillis tutores dare. Ergo videtur tutoris datio eſſe juriſdictionis. Reſp. Latius patet officium jus dicentis, quam juriſdictio. Nam & ad ea extenditur officium judicis, quæ non ſunt juriſdictionis, ſed ſpecialis cujuſdam permiſſionis a lege conceſſæ, qualis eſt tutoris datio. Sic & merum imperium, quod lege

lege nominatim datur, poſtquam delatum eſt magiſtratui, incumbit ejus officio. Unde dicitur, ad præſidis officium & curam pertinere, ut malis hominibus purget provinciam, eoſque conquirat & puniat. *l. 3. & l. congruit. 13. ff. de off. præſ.*

Poſtremo adverſatur §. *ſed hoc jure. inſt. de Attil. tut.* ubi dicitur, quod magiſtratus municipales juſſu præſidum tutorem dent: quo innuitur juriſdictionis eſſe hanc poteſtatem, non legis, quia delegari poteſt. Sed hoc ita interpretandum eſt, quod magiſtratibus municipalibus data ſit poteſtas tutorem dandi legibus, non ex delegatione præſidis. *l. 3. de tut. & cur. dat. ab his.* Jure ſuo proprio, & a lege habet hanc poteſtatem magiſtratus municipalis, ſeu ejus officium in dandis tutoribus juſſu & monitione præſidis excitatur. Juſſus enim ibi non pro delegatione, ſed excitatione & admonitione accipitur. *l. 1. §. magiſtratibus. ff. de magiſt. conv. l. Lucius. 46. §. cum teſtamento. ff. de adm. tutor. Cujac. lib. obſ. 15. c. 19. Baro ad d. §. ſed hoc jure. Donel. lib. 3. comment. c. 3. Pac. cent. 54. 69. Bello. lib. 1. ſupput. jur. c. 2.* Similiter non obſtat, quod dicitur in *d. §. ſed hoc jure. inſt. de Attil. tut.* quod magiſtratus dent tutores ſecundum ſuam juriſdictionem, hoc enim intelligendum eſt, quod debeat dare tutores intra limites ſuæ juriſdictionis, ſeu territorii. *l. 1. & 3. l. pupillo. 27. ff. de tut. & cur. dat. ab his &c.*

Assertio XX.

In privatis negotiis filius patrem, & pater filium judicem habere poteſt.

IN hanc ſententiam reſpondit Africanus in *l. in privatis. 77. ff. de judic.* Quæ ſententia confirmatur hoc argumento, quod judicandi munus publicum ſit, & publica munera invitis deferuntur, niſi legitimam habeant excuſationem. *l. pen. ff. de vac. mun. l. ſi longius. ff. de judic.* Itaque ſi pater filio, vel filius patri judex detur, judicis officio fungi tenetur, quia in his quæ ad jus publicum ſpectant, patria poteſtas non attenditur. *l. filiusfam. ff. de his q. ſunt ſui jur. l. nam quod. ff. ad SC. Treb.*

Obſtat plurimum huic aſſertioni *l. 10. ff. de juriſd.* ubi Ulpian. ſcribit, *qui juriſdictioni præeſt, neque ſibi, neque liberis ſuis jus dicere debet.* Quæ antonomia varie ab interpretibus ſolvitur. *Cujacius in tract. ad African.* hæc ita conciliat, quod Africanus in *d. l. in privatis.* jus ſpectaverit, videlicet filium patrem judicem habere poſſe. At Ulpian. in *d. l. 10.* honeſtatem reſpexit, quod non cogendus ſit pater in cauſa filii jus dicere: reſpondet enim Ulpian. quod magiſtratus non debet jus dicere liberis ſuis. In altera lege dicitur, pater filium judicem habere poteſt. Hæc non ſunt contraria: verbo enim *debet* honeſtas & officium, ſed verbo *poteſt* jus ſigni-

ſignificatur. poteſt enim pater judex eſſe in cauſa filii, ſed non debet: rectius namque & honeſtius fecerit, ſi judicandi munere abſtineat. Idque confirmatur arg. *l.* 3. *C. de pign.* ubi dicitur, quod creditor, qui ex pacto auctoritate ſua poſſeſſionem pignoris ingreditur, vim non facit, ſed tamen auctoritate præſidis poſſeſſionem pignoris adipiſci debet. Ubi *Accurſ.* verbum *debet* dicit accipi pro *poteſt*, quod ſcilicet creditor debet auctoritatem præſidis adhibere in adipiſcenda poſſeſſione pignoris ex præcedente pacto, non ex neceſſitate, ſed ex urbanitate & civilitate. Sic & verbum *debet* accipitur pro *poteſt* in *l. obſervare.* 4. §. *ult. ff. de off. proconſ.* Eandem ſolutionem probat *Nicolaus Genoa in conciliat. legum pugnantium, conciliat.* 4.

Doctorum tamen communem ſolutionem ſuſtineri poſſe arbitror, qui volunt *d. l.* 10. procedere in ordinario judice, ita ut pater non poſſit eſſe ordinarius judex in cauſa filii, ideo quod ordinarius, ſi forte ſuſpectus ſit, recuſari non poſſit, ſed alius ei collega adjungitur. *auth. ſi vero. C. de judic.* At aliud eſt in judice delegato, quo caſu pater filium judicem habere poteſt. Cujus hæc eſt ratio, quod judex delegatus poteſt recuſari. *l. apertiſſimi. C. de judic.* ideoque imputet ſibi adverſarius cum filio litigans, quod non recuſavit patrem judicem datum in cauſa filii. Sic hæc conciliant *gl. Bart. Caſtr. & Zaz. in d. l.* 10.

Objicitur etiam *l. ille a quo.* 13. §. *ult. ff. ad SC. Trebell.* ubi dicitur, quod filius, qui magiſtratum gerit, patrem cogere poteſt, ut adeat hereditatem. Reſp. Magiſtratus prohibetur jus dicere in ſuorum utilitatem. At vero adverſus ſe, vel contra ſuos jus dicere non vetatur, ut ſit in hoc caſu, ubi filius, qui gerit magiſtratum, cogit patrem, ut adeat hereditatem, eamque reſtituat.

ASSERTIO XXI.

Delegatus judex judicis dandi poteſtatem non habet.

DElegatus judex ſubdelegare non poteſt. text. eſt expreſſ. in *l. a judice. C. de judic.* Ratio decidendi eſt, quia nihil proprii delegatus habet, ſed vice & munere delegantis fungitur: ergo quod ipſe non habet, alteri dare non poteſt. *l. nemo plus juris. ff. de R. J.* Comparantur enim delegati judices uſuariis; uſus autẽ alicui conceſſus perſonam non egreditur. *inſt. de uſu & hab.* Sic delegatus cenſetur ſaltem habere uſum perſonalem jurisdictionis ſibi conceſſæ. *Sichar. & Zaz. ad d. l. a judice.* Hæc deciſio adeo vera eſt, ut nec, ſi delegatus propter repentinam abſentiam, aut alio impedimento judicare prohibeatur, alium poſſit ſubdelegare. *Bart. in l. legatus.* 12. *in fin. ff. de off. proconſ.* per text. in *l. prætor.* verſ. *ſi poſt cauſam. ff. de vac. mun. & nov. ut defuncti ſeu funera.* §. *porro illud.*

Ob-

Objicitur *l. legatus.* 12. *ff. de off. proconſ.* & *l. cum prætor.* §. 1. *ff. de judic.* Ubi dicitur, quod legatus proconſulis judicem dare, hoc eſt, ſubdelegare poteſt. quæ *lex* 12. affirmative legenda eſt, ſicut legitur in pand. Florent. contra vulgarium codicum lectionem, ut probant *d. l. cum prætor.* §. 1. & *l. ſæpe audivi. ff. de off. præſ.* Ita notant *Bud. Vacca & Coraſ. ad. d. l.* 12. Reſp. legatus proconſulis judex datus non eſt, ſed mandatam habet juriſdictionem. *l. obſervare.* §. *fin. ff. de off. proconſ.* Ille autem cui mandata eſt juriſdictio, differt evidenter a judice delegato. Nam cui mandatur juriſdictio, illi generaliter univerſarum cauſarum cognitio, ſeu univerſitas cauſarum territorii mandatur, cum aliquo magiſtratus ſeu officii titulo, ut in legato proconſulis obtinet. Judex autem delegatus ſpecialiter ad certas cauſas conſtituitur, qui & pedaneus judex appellatur. *d. l. ſæpe. cum ll. ſeqq. l.* 3. *ne quis eum qui in jus voc.* Ideo autem judex delegatus alium judicem dare non poteſt, quia eſt ejus, qui dedit, miniſter, & juriſdictionem non habet. *c. fin. de off. jud. deleg.* E contra qui mandatam ſuſcepit juriſdictionem, poteſtatem habet alium dandi judicem, quia ipſe juriſdictione fungitur, licet alieno beneficio. *l.* 1. §. 1. *ff. de off. ejus cui &c.* Juriſdictio eſt enim judicis dandi licentia. *l.* 3. *ff. de juriſd.*

ASSERTIO XXII.

Ordinarius judex jus dicendæ mulctæ habet, non vero delegatus.

ORdinarii judices, ſive magiſtratus, qui juriſdictionem habent, ut prætor, conſul, præfectus urbi, item quibus mandata eſt juriſdictio, mulctam tantum dicere poſſunt. *l.* 2. §. *ult. ff. de judic. l.* 2. §. 1. *ff. ſi quis in jus voc. &c.* Pedanei judices nullam mulctam dicere poſſunt, quia nullam juriſdictionem habent, ſed tantum notionem. *l. ait prætor.* 5. *ff. de re jud. l. aliud eſt fraus.* 131. §. *ult. ff. de V. S.* Mulctæ dictio juriſdictionis eſt, & mulctam is tantum dicere poteſt, qui juriſdictionem habet.

Adverſatur primo huic doctrinæ *l.* 2. *C. de mod. mult.* ubi dicitur, procuratorem Cæſaris, qui tamen habet juriſdictionem, mulctam dicere non poſſe. Reſp. In *d. l.* 2. §. *ult. de judic.* traditur, eos tantum habere jus dicendæ mulctæ, quibus publice judicium eſt, id eſt, qui publice judices ſunt, ſeu qui inter omnes judicium & juriſdictionem habent. Atqui procurator Cæſaris non eſt publice judex, quia non habet juriſdictionem, niſi inter certas perſonas tantum, id eſt, inter fiſcum & privatos. Ergo jus dicendæ mulctæ non habet.

Secundo opponitur *l.* 5. *C. de defenſ. civ.* ubi traditur, quod defenſores civitatis jus dicendæ mulctæ non habent. Reſp. Defen-

ſores civitatis non erant publice judices, ſed inter plebejos & humiles cauſas cognoſcebant, non in infinitum, ſed ad certam modicam ſummam tantum, puta uſque ad 50 ſolidos, ideoque jus dicendæ mulctæ non habebant. *l. 1. de defenſ. civit.*

Tertio repugnat *l. ult. C. de ſportul.* Ubi dicitur, pedaneis & datis judicibus permiſſum eſſe mulctam dicere. Reſp. Additur in *d. l. 2. §. ult.* judicibus delegatis, quibus non eſt publice judicium ſeu juriſdictio, non competere jus mulctandi, niſi hoc ſpecialiter eis permiſſum ſit. Itaque in *d. l. ult. C. de ſportul.* ſpecialiter permiſit Juſtinian. judicibus delegatis, ut poſſint mulctare non litigatores, ſed executores litium, qui in executionibus litium & ſententiarum negligenter verſantur.

Poſtremo obſtat *l. non ex omnibus. 39. §. 1. ff. de rec. arb.* ubi ſcribitur, arbitrum poſſe mulctare litigatorem contumacem, qui tamen juriſdictionem non habet. Reſp. Illud tunc procedit, ubi hoc nominatim a partibus in compromiſſo ei conceſſum eſt, cum non aliud quicquam vel minimum arbiter ſtatuere poſſit, quam quod formula compromiſſi ei ſit permiſſum. *l. non diſtinguemus. 32. §. de officio. ff. de rec. arb. Coraſ. ad. l. illicitas. §. ult. ff. de off. præſ.*

ASSERTIO XXIII.

Extra territorium ſuum jus dicenti impune non paretur.

SI magiſtratus extra territorium, vel ſupra juriſdictionem ſuam jus dicat, nihil agit. *l. ult. ff. de juriſd.* Quod adeo verum eſt, ut ſi magiſtratus majorem juriſdictione ſua ſummam in ſententia comprehenderit, omnino inutilis ſit ſententia, etiam quoad eam ſummam, in qua illi alias competiiſſet juriſdictio. Judicium enim & ſententia pro parte valere, & pro parte non valere non poteſt. *l. in hoc. judicio. 27. ff. fam. ercisc.*

Adverſatur vehementer *l. 5. ff. de judic.* Ubi deciditur, etiamſi quis vocetur ad prætorem, ex aliena juriſdictione, debet venire, quia prætoris eſt æſtimare, an ſua ſit juriſdictio; vocati autem, non contemnere auctoritatem prætoris. Communiter a DD. hæc contrarietas tali diſtinctione conciliatur. Aut certum eſt, in jus vocatum non eſſe de juriſdictione vocantis, ut puta ſi magiſtratus aliquem vocet in jus, qui extra provinciam & territorium ſuum degit, & tunc vocatus impune non parebit. *d. l. ult.* Similiter ſi vocetur parens vel patronus in jus ſine venia prætoris, & cum venire nollet, ducatur invitus, tunc actione in factum, pro injuria illata aget contra vocantem ad pœnam 50 aureorum. *l. pen. ff. de in jus voc.* Aut incertum eſt, an vocatus ſit de juriſdictione vocantis, & tunc citatus comparere tenetur. *l. 2. ff. ſi quis in jus voc.*

voc. d. l. 5. Sic legati principum, vel civitatis, qui privilegium habent revocandi domum, tamen vocati in judicium tenentur venire, & allegare ſua privilegia. *d. l. 5.* præſertim ſi dubitetur de eorum privilegio. *l. 2. §. ſed ſi dubitetur. ff. de judic. l. 2. ff. ſi quis in jus voc. non ierit.* Poſtremo notandum, quod ea quæ ſunt voluntariæ juriſdictionis, etiam apud magiſtratum extra territorium ſuum expediri poſſunt. Sic apud proconſulem extra provinciam ejus manumiſſiones & adoptiones fieri poſſunt. *l. 2. ff. de off. proconſ. l. emancipati. 36. §. apud proconſulem. ff. de adopt.*

ASSERTIO XXIV.

Pacto quo convenit, ut incompetens judex adiretur, antequam aditus ſit, renuntiari poteſt.

Nulla eſt juriſdictio judicis in eos, qui non ſunt ſuo imperio ſubjecti, niſi inter conſentientes. *l. 1. ff. de judic.* Poſſunt tamen illi, qui in judicem incompetentem conſenſerunt, antequam eum adeant, pœnitere, & ab ea conventione recedere *l. ſi convenerit. 18. ff. de juriſd.* poſtquam vero eum adierunt, amplius ſuam voluntatem mutare non poſſunt. Incompetens judex ex conſenſu & aditione partium fit competens.

Verum *d. l. 18.* graviter obſtat *l. pen. C. de pactis.* ubi dicitur quod qui ſemel in pacto, vel contractu aliquo renunciavit privilegio fori ſui, & ita conſenſit in judicem incompetentem, is omnino cogitur huic conventioni ſtare, & amplius voluntatem ſuam mutare nequit. Goveanus ita reſpondet, quod quando quis non aliter cum aliquo voluit contrahere, niſi ſpecialiter renunciaret privilegio fori ſui, in hoc caſu id eſſe a Juſtin. conſtitutum in *d. l. pen.* ut tunc non liceat forum declinare, & a conventione recedere. Eandem ſolutionem probat & amplectitur *Cujac. in tract. ad African. ad l. ſi convenerit.* Verum ex communi DD. diſtinctione ita videtur rectius reſpondendum. Aut quis conſenſit in judicem plane non ſuum, & hic non tenetur huic pacto ſtare, quamdiu judex non eſt aditus. ita eſt intelligenda *d. l. 18.* ut ibi notant *gl. & Bart.* Aut conſenſit quis in judicem ſuum, quem tamen poterat propter privilegium aliquod declinare, & hic tenetur huic conventioni ſtare, nec licet ei etiam ante aditum judicem pœnitere. Exempli gratia, præſes provinciæ, item epiſcopus ſunt ordinarii judices ſtudioſorum, ſed tamen ſtudioſi habent privilegium declinandi eorum juriſdictionem, & jus petendi, ut coram rectore Academiæ conveniantur. Si nunc convenit inter ſtudioſos, ut non coram rectore Academiæ, ſed coram præſide ſeu epiſcopo litigent, qui etiam illorum non ſunt legitimi judices, non poſſunt ab hac conventione recedere, quamvis alioqui poterant ex privile-

gio

gio ſtudioſis conceſſo, eorum forum declinare. *d. l. pen. auth. habita. C. ne fil. pro patre. Duaren. ad tit. de juriſd. c. 6. Faber in rational. in pandectas ad. l. ſi convenerit. ff. de juriſd. Nicolaus Genoa in conciliationibus legum contrariarum, in conciliat. l. ſi quis in conſcribendo. C. de pact. & l. ſi convenerit. ff. de juriſd.* ubi hanc meam ſententiam dicit eſſe elegantiſſimam, & addit ſe verbotenus mea verba præciſe ſubjungere. Illud diligenter notandum quod licet litigantes, qui promiſerunt, ſe apud judicem incompetentem judicium ſuſcepturos, poſſint revocare promiſſionem, antequam incompetens judex ſit aditus. Diverſum tamen eſt, ſi debitores promiſerint ſe ſoluturos, quocunque loco invenientur: tunc enim tenentur ſolvere, ubicunque fuerint inventi, nec eſt locus pœnitentiæ. textus ſunt notabiles in *l. Lucius 24. ff. depoſ. l. Titium. 47. §. tutores. ff. de adm. tut.* Ita eleganter tradit *Coſta. ad d. l. ſi convenerit.* Ratio eſt, quia ibi quiſque contraxiſſe cenſetur, ubi ſolvere promiſit. *l. contraxiſſe. 22. ff. de obl. & act. l. quamvis. 52. §. 2. ff. de judic. Bart. ad d. l. ſi convenerit. ff. de juriſd.* Locus enim ſolutionis eſt pars contractus, ſicut & dies. *l. 1. §. nam & dies. ff. de eden. fac. l. quæro. 100. de ſol.* Pulchre *Bald. ad l. ſi quis in conſcribendo. num. 2. C. de pact.*

ASSERTIO XXV.

Idonea cautio ſit, tam per pignora quam fidejuſſores.

CAutio duplex eſt: nuda & ſimplex. item idonea & ſufficiens. Simplex eſt quæ nuda ſit repromiſſione. *l. ſancimus. C. de verb. ſign.* Idonea vel ſufficiens cautio, in qua pignus vel fidejuſſor datur. *l. ſi mandato. §. ult. ff. mandat. l. 4. §. addici. ff. de fid. lib.* Quoties cautio idonea exigitur, regulariter ei, qui cavere debet, alterutrius optio datur. *l. promiſſor. 21. §. 1. ff. de conſt. pec.* ubi dicitur, quod qui promiſit ſe ſatisdaturum, fidejuſſores vel pignora dando liberatur.

Objicitur *l. prætoria. 7. ff. de præt. ſtip.* ubi quis non liberatur dando pignus, ſed dato fidejuſſore. *Reſp.* id vitium poſitum eſſe in natura prætoriæ ſtipulationis, quæ apud prætorem in jure pro tribunali interponitur: eo non adfertur arca cum argento, ſed eo adducuntur fidejuſſores. Cautiones igitur, quæ fiunt in judicio, ſolennes eſſe debent, & cum fidejuſſoribus. *l. 1. & ibi gl. C. de procur.* Accedit & hæc ratio, quod prætoriæ cautiones formam & legem a prætore accipiunt, cui nihil addere vel detrahere licet. *l. in conventionalibus. 52. de V. O.* Sic ſatiſdationes judicio ſiſti vel judicatum ſolvi, item rem pupilli ſalvam fore, & aliæ prætoriæ cautiones fidejuſſoris dationem requirunt. *l. 1. & l. quoties. ff. qui ſatiſd. cog.* nec his caſibus pignora dando quis liberari poteſt. *d. l. 1. C. de procur. & l. prætoria. 7. ff. de præt. ſtip.*

In

In contractibus autem pignoribus caveri ſufficienter poteſt. Itaque qui convenit fidejuſſorem dare in aliquo contractu, dando pignora liberatur, cum pleniſſima ſit cautio pignoratitia: quippe cum expediat, & longe tutius ſit rei incumbere, quam in perſonam agere. *l. plus cautionis.* ubi *Decius de R. J.* §. *furti. inſt. de obl. ex delict.* Plus enim cautionis eſt in pignore, quam in fidejuſſore: quoniam minus eſt habere actionem, quam rem. Qui habet pignus paratum habet rei familiaris ſubſidium, vel eo pignori dando, *l.* 1. *C. ſi pign. pign. dat.* vel poſt denuntiationem id vendendo. At in fidejuſſore perſequendo, & judicii exitus incertus eſt, & inanis interdum actio, ſi fidejuſſor labatur facultatibus, ſi creditum abjuret; item moleſtiæ magnæ, & expenſæ litigandi ſubeundæ ſunt actori. *l. quod debetur.* 51. *ff. de pecul.* In contractibus itaque non minus pignoribus, quam fidejuſſoribus caveri poteſt. *l.* 4. *C. quæ res pign. Weſemb. in parat. qui ſatiſd. cog.* Vide aliter diſtinguentem *Oldend. in claſſib. claſ.* 1. *act.* 7.

ASSERTIO XXVI.

In conventione judicio ſiſtendi cauſa, generalis renuntiatio caſuum fortuitorum non valet.

VErior hæc eſt ſententia, quod in judicialibus ſeu prætoriis ſtipulationibus generalis renuntiatio caſuum fortuitorum non valeat, hoc modo: Promitto quod me, vel alium judicio ſiſtam, nullo obſtante caſu fortuito. Sed ita demum valet generalis renuntiatio, ſi ſpecialiter exprimantur quidam caſus fortuiti, quia tunc valebit in ſimilibus caſibus, & minoribus expreſſis. *l.* 4. §. *quæſitum. ff. ſi quis caut. l. fluminum.* 24. §. *Caſſius. ff. de dam. inf.* In contractibus autem, generalis caſuum fortuitorum renuntiatio, nullo eorum ſpecialiter expreſſo, ejuſdem momenti ponderiſque eſt, cujus ſpecialis caſuum ſigillatim expreſſorum renuntiatio, utputa ſi quis dicat, Recipio in me, ſeu Obligo me ad periculum caſuum fortuitorum. *l. quæ fortuitis. C. de pign. act. l.* 1. *C. commod. Bart. & DD. in d.* §. *quæſitum. Zoarez. in theſaur. recept. ſent. opin.* 27. *litera* C. Ratio decidendi eſt, quod evenire poſſunt caſus fortuiti, de quibus nunquam cogitatum eſt. Altera ratio eſt, quod tanta ſit horum caſuum fortuitorum æquitas, ut non videatur generalibus verbis renuntiatum, ſicut in generali obligatione bonorum receptum eſt, ut non veniant ea quæ quis veriſimiliter non fuiſſet obligaturus. *l. obligatione. ff. de pignor.*

Objicitur, quod tantum valeat renuntiatio caſuum fortuitorum generaliter facta, quantum ſi ſpecialiter caſus fortuiti exprimantur, quia idem operatur genus, quod enumeratio omnium ſpecierum: per regulam juris, quæ habet, quod expreſſo genere, cenſen-

cenſentur ſingulæ ſpecies expreſſæ. *l. ſi chorus.* 97. in verb. *perinde eſt quaſi ſinguli. ff. de leg.* 3. Reſp. Non obtinet hæc regula in judiciis, ut ſcilicet generalis cautio, qua quis promittit, ſe nulla exceptione caſuum fortuitorum uſurum, valeat. Ratio eſt quia fieri poteſt, quod quidam caſus fortuiti eveniant, de quibus non eſt cogitatum a litigantibus. Altera ratio eſt, quod ſpeciale eſt in judicialibus & prætoriis ſtipulationibus, ut mitius agatur in iis, quia dijudicantur ex mente prætoris, qui noluit ſub involucro & generalitate verborum quem decipi. *l. in conventionalibus.* 52. *de V. O. l. qui cum tutoribus.* 9. §. *ult. ff. de tranſact. Sichard. ad. l.* 1. *num. ult. C. de commod. Pinell. ad* 1. *part. l.* 2. *de reſc. vend. c.* 3. *num.* 26.

ASSERTIO XXVII.

Sententia diebus feriatis lata valet conſenſu litigatorum.

JUdicium habitum, & ſententia lata diebus feriatis, ita demum valet, ſi vel partes expreſſe renuncient feriis, vel tacite, puta ſi partes præſentes ſponte litigent. Probatur expreſſe hæc ſententia in *l.* 1. §. 1. *&* *l.* 6. *ff. de fer.* Ratio eſt, quia litigatores feriis in favorem ſuum introductis renunciare poſſunt. In quo tamen articulo ita diſtinguendum: Aut feriæ ſunt in favorem hominum introductæ, puta meſſis & vindemiarum; & hiſce partes poſſunt renunciare, & valebit judicium & ſententia eo tempore lata. *d. l.* 1. *&* *l.* 6. Aut feriæ reverentiæ & cultui Dei deſtinatæ ſunt, & iis minime renunciari poteſt, neque actus judiciarii eo tempore initi valebunt, etiam partibus volentibus. *l. omnes.* 7. in verb. *ſacras quoque. C. de fer.* Ita notat *Coſtal.* in *d. l.* 1.

Sed huic ſententiæ vehementer obſtat. *l. ſi feriatis.* 36. *ff. de arbit.* ubi dicitur, quod ſententia arbitri ex coactione prætoris die feriato lata, valeat, & quod cogantur litigatores hac ſententia ſtare. Reſp. Quod illa *l.* accipienda eſt, vel de eo caſu, quo dies compromiſſi erat exitura; tunc enim cogitur arbiter etiam feriatis diebus ſententiam ferre. *l. Pomponius.* 13. §. *fin. ff. de arbit.* vel quod prætor ibi arbitrum coëgit ſententiam dicere, partibus ita volentibus. arg. *d. l.* 1. *gl.* in *d. l. ſi feriatis.*

ASSERTIO XXVIII.

Actor emendare & declamare libellum ad ſententiam uſque, mutare vero & ſubſtantiam ejus corrigere duntaxat uſque ad litem conteſtatam poteſt, ex communi DD. opinione, contra CUJACIUM *&* DONELLUM.

PRobatur hæc deciſio per *l. non poteſt. ff. de judic.* ubi dicitur, non poteſt videri in judicium veniſſe id, quod poſt litem conteſtatam accidit, ideoque alia interpellatione opus eſt. Unde ſequitur, quod poſt litem conteſtatam non poſſit mutari libellus, ſed novo judicio ſit agendum. Secundo confirmatur hæc concluſio per *l. edita. C. d. edend.* ubi dicitur, libellum poſſe emendari vel mutari, prout edicti perpetui monet auctoritas. Quod edictum accipi debet de iſta deciſione, ut liceat actori tantum prædicto modo libellum emendare & mutare ita ut ſententia edicti contineatur in *d. l. non poteſt.* ut volunt communiter *DD.* teſte *Zazio ad §. ſi minus. inſt. de action.* Facit huc, quod in jure traditur, quod ante litem conteſtatam non dicitur quis agere, ſed agere velle. *gloſſ. in l. ſi poſtea quam. ff. de pecul. per l. amplius. ff. Rem. rat. hab.*

In contrarium adfertur *l. 4. §. ſi detracta. ff. de noxali act.* ubi admittitur mutatio libelli uſque ad ſententiam, quia ibi actor, qui egerat noxali actione contra dominum, tanquam ſcientem, poſtea mutat actionem, & agit contra dominum, quaſi ignorante eo damnum datum ſit. Reſp. Qualitas adventitia libelli uſque ad ſententiam mutari poteſt, quia per hoc non mutatur actio, neque factum principale, ſcilicet facinus ſervi. *Zaz.* in *d. §. ſi minus. num. 6.* Non poteſt itaque quis mutare actionem in eodem judicio, poſt litem conteſtatam. *l. prætor. §. hac autem actio. ff. vi bon. rapt.* ſed poteſt hoc quis impetrare, ut ex eadem formula actionis durior ſequatur condemnatio.

Secundo obſtat *auth. qui ſemel. C. quom. & quand. jud. &c.* Ubi dicitur, qui ſemel libellum obtulit, cogitur in eo uſque ad finem litis perſiſtere, ergo nulla omnino permiſſa eſt mutatio. Reſp. Iſta auth. tantum de actoribus, qui cauſas differunt, ſeu ſubterfugiunt & protrahunt judicium, diſponit, & libelli mutationem non prohibet, ſed ſtatuit, ut, qui ſemel propoſuit actionem, ſi poſtea deſiſtat & deſerat judicium, neque cauſam inchoatam proſequatur, ab omni cadat actione, ne lites fiant immortales.

Ultimo obſtat *§. ſi minus. inſt. de act.* ubi dicitur, quod minus debito petens poſſit eodem judicio errorem corrigere, & quod reliquum

liquum eſt, petere. *Reſp.* Quod ibi ſimpliciter & generaliter traditur, hoc ex aliis legibus eſt ſupplendum, & diſtinguendum: ut eatenus liceat libellum addendo, detrahendo, vel mutando reformare, quatenus hoc edictum prætoris permittit, nimirum uſque ad litis conteſtationem. Sæpe enim quod in una lege generaliter & indefinite ſtatuitur, ex alia diſtinctionem & temperamentum recipit. Summa eſt hæc, quod libellus declarari ad ſententiam uſque, imo & qualitas extrinſeca libelli eo uſque emendari poſſit; mutari vero & ſubſtantia ejus corrigi tantum uſque ad litem conteſtatam poteſt. *d.* §. *ſi detracta. l. ſi quo.* 41. *ff. de pet. her. Weſemb. in parat. num.* 8. *de edend.* ubi hanc communem eſſe Doctorum concluſionem tradit. Diſſentiunt ab hac opinione *Donel. ad l. edita. C. de edend. Cujac. ad* §. *ſi minus. inſt. de action.* qui libellum emendari & mutari poſſe uſque ad ſententiam ſtatuunt, dummodo actor reo damna, quæ ob præcedentem petitionem paſſus eſt, reſtituat. per *l. nemo poteſt.* 75. *ff. de R. J. l. eum quem.* 79. *ff. de judic. l.* 4. §. *ult. ff. de noxal. act.*

ASSERTIO XXIX.

Fides hoſti data ſervanda eſt, contra BARTOLUM.

QUia inter hoſtes eſt juris gentium communio. *l. ult. ff. de legat.* ſequitur, quod obligationum & conventionum inter eos quoque ſit communio. unde pacta tam inter duces belli, quam inter privatos milites & hoſtes inita, firmiter ſervari debent. *l.* 5. *ff. de pact.* Bart. autem & eum ſecuti DD. exiſtimant, fidem hoſti datam non eſſe ſervandam, ſi a privato milite ſit promiſſio facta: ſed quæ a duce belli promiſſa ſunt, citra controverſiam ſervari debere. *d. l.* 5. Quæ diſtinctio recte a *Duareno. Hotomanno in illuſtr. quæſtion. quæſt.* 7. *& Covarruvia* reprehenditur. Nam & privatus privato datam in bello fidem ſervare tenetur. Unde ſi miles captivus hoſti pro redemtione corporis ſui λύτρον promiſit, illud omnino exſolvere debet: oritur enim ex illa obligatione actio efficax in perſonam promittentis. *l. nam & Servius.* 21. *ff. de neg. geſt.*

Contra hanc ſententiam adfertur primo argumentum ex *l.* 1. *ff. de dol. mal.* ubi dicitur, dolum eſſe bonum, ſi quis adverſus hoſtem vel latronem machinetur. *Reſp.* Hoc pertinet ad inſidias & ſtratagemata, quibus ante fidem datam adverſus hoſtes uti, non minus quam aperta vi permiſſum eſt: nihil enim pæne hic dolus a virtute diſtat. Quo pertinet illud Virgilii: *dolus, an virtus, quis in hoſte requirit?* Quod ergo dicitur, dolum bonum eſſe, qui contra

contra hoſtes committitur, intelligendum eſt, quando non præceſſit data fides. Dolo contra hoſtes, non perfidia uti licet: fidem enim hoſti ſemel datam amplius violare non permittitur. *Hotom. in illuſtr. quaſt. q.* 7. Quod & eleganter *Cicero* 3. *Offic.* confirmat, dum inquit: *Et fides jurisjurandi eſt etiam cum hoſte ſervanda.* Hinc M. Attilius Regulus laudatur, quod cum retineretur ab amicis & propinquis, ad ſupplicium redire maluit, quam hoſti ſemel datam fidem fallere.

Secundo objicitur *l. nihil.* 26. *ff. de capt. & poſtl. rev.* ubi dicitur nihil intereſſe, quomodo captivus reverſus ſit, utrum dimiſſus, an vi vel fallacia hoſtium poteſtatem evaſerit. Reſp. Id tantum intelligendum eſt, cum de jure poſtliminii quæritur. Quo caſu licet id tantum conſiderandum ſit, an ab hoſtibus aliquis redierit, animumque habeat remanendi in civitate; non ideo tamen minus fidem hoſti datam liberare tenetur.

Tertium argumentum depromitur ex *l.* 1. *ff. quod met. cauſ.* ubi ait Prætor: *Quod vi metuſve cauſa geſtum erit, ratum non habebo:* ſed pacta cum hoſtibus initia, vi extorta videntur: ergo non ſunt ſervanda. Reſp. *Duar. ad l.* 1. *ff. de pact.* quod edictum illud prætoris ad metum, qui jure licito alicui infertur, non pertinet. *l. ſi mulier.* 21. *ff. quod met. cauſ.* qualis eſt, qui juſto bello infertur. Cum ergo in bello quod juſte & legitime geritur, aliquid hoſtes inter ſe temporibus adducti promiſerint, debet hoc inviolabiliter ſervari.

Quarto adverſatur *l.* 1. *&* 2. *C. quand. lic. unicuique ſine jud. ſe vind. & l.* 2. 3. *&* 4. *C. ad l. Corn de ſic.* ubi licet unicuique latronem & transfugam propria auctoritate occidere. Reſp. Legum & juris permiſſione conceſſum eſt latronem & transfugam occidere, ubi quis aliter vim illatam propulſare, & aggreſſorem repellere non poteſt: vim enim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt. Verum poſt ereptam ſibi hanc libertatem, hoc eſt, poſtquam quis hoſti fidem dedit, hæc facultas eum interficiendi ei adimitur.

Sic ergo in hac quæſtione concludendum: Aut hoſtis promiſit aliquid hoſti contra jus militare & publicum, & hoc non eſt ſervandum: Aut promiſit pertinens aliquid ad rem privatam, & hoc ſervare tenetur, *l.* 7. §. *ſi paciſcar. ff. de pact. Decius in l. ea eſt natura. de R. J. Fortun. Garſias ad l.* 5. *ff. de pact. Duaren. d. loco. Vide Fachin. lib.* 9. *controv. c.* 58. *& Bodin. lib.* 5. *de repub. c. ult.* ubi refert improbe & perfide factum eſſe a Sigiſmundo Imp. quod, inſtigante Pontifice Romano & Epiſcopis, datam Johanni Huſs & Hieronymo Pragenſi fidem in concilio Conſtantienſi fregerit, cum data fide eis promiſiſſet, quod ſalvi & incolumes domum redituri eſſent; interim de concilii ſententia eos de hæreſi damnari & exuri juſſit. in quo concilio hoc improbum

& deteſtandum decretum factum & concluſum eſt, hæreticis non eſſe ſervandam fidem.

ASSERTIO XXX.

Pacta de ſuccedendo vel non ſuccedendo ſuper hereditate viventis, jure civili non valent.

INutilis eſt ſtipulatio, ſi quis ſtipuletur de futura ſucceſſione: nam contra jus publicum & bonos mores eſt hoc pactum, eo quod inducat votum captandæ mortis. *l ſtipulatio.* 61. *ff. de V.O. l.* 4. *C. de inut. ſtip. l. cum donationis. C. de tranſ.* Imo ne quidem conventio inter duos facta de mutua ſucceſſione valet, ut ſi convenerit, ut qui ſupervixerit, alterius bona habeat. Excipiuntur commilitones, qui poſſunt ſe invicem heredes pacto efficere. *l. licet. C. de pact.* Duo etiam, qui ſperant ſe alteri ſucceſſuros, poſſunt eo vivente de diviſione hereditatis paciſci. quod pactum valet, ſi is de cujus hereditate agitur, conſenſerit diviſioni. & in ea ſententia uſque ad extremum vitæ ſpiritum perſeveraverit. *l. ult. C. de pact.*

Opponitur *l.* 3. §. *de illo. ff. pro ſoc.* ubi duo coierunt ſocietatem de hereditate futura communicanda. hæc conventio valet. Sed ibi agitur de hereditate incerti hominis, Si qua forte hereditas ad me pervenerit, communis erit. Hæc conventio nihil vitii habet, cum certæ perſonæ nomen adſcribitur.

Secundo opponitur *l.* 7. §. *pen. ff. de pact.* ubi vivo adhuc patre filius paciſcitur de bonis patris. Reſp. Filius ibi paciſcitur cum creditoribus paternis, ad hoc tantum, ut ſe liberet & exoneret debitis paternis, puta ut creditores contenti ſint certa tantum parte debiti paterni. Tale pactum valet ad libertationem filii. Si diminueret filius bona patris adhuc viventis, ut ſi quid promitteret ex bonis patris vivi, ſi quid donaret, nulla eſſet donatio. *l. donari.* 29. §. *ult. ff. de donat.*

Tertio obſtat primæ parti aſſertionis, quod ſcilicet pacta de ſuccedendo non valeant. *l. non aliter.* 18. *ff. de adopt.* ubi dicitur, quod qui ad impuberis adrogati hereditatem vocantur, poſſunt ſtipulari ab adrogatore ſibi hereditatem reſtitui, ſi impubes adrogatus ante pubertatem moriatur. Reſp. Pacta non valent, ut hereditates de novo acquiramus. attamen valet pactum, ut hereditatem quæ legitimo jure ad nos pertinet, nobis conſervemus.

Quarto opponitur *l. quidam cum filium.* 132. *ff. de V.O.* ubi valet conventio, qua is qui alienum filium ſuſcepit, promiſit ſe eum obſervaturum, ut filium. Quibus verbis innuitur pactum valere de ſuccedendo, cum filius ſit inſtituendus heres, vel nominatim exheredandus. Reſp. His verbis, *ſi eum aliter quam filium obſ.rvavero*, non aperte, ſed tacite ſucceſſio hereditaria inducitur:

eaque

eaque pactio rata ac firma eſt, cum multa quæ expreſſe fieri non poſſunt, tacite facta valeant. *l. ſi quis Sempronium.* 68. *ff. de her. inſt. l. expreſſa.* 195. *ff. de R. J.* Præſertim ſi juſta & rationabilis cauſa ſubſit, ut in hoc pacto, quod non tam ob id, ut ſuſpectus filius ſuccedat, fieri dicitur, quam ut exheredationis notam effugiat. Exheredatio quippe nota eſt & macula. *l. multi.* 18. *ff. de liber. & poſth.*

Quinto opponitur *l.* 2. §. *illud. ff. de her. vel. act. vend.* ubi traditur, quod in venditione hereditatis teſtatoris, venit etiam hereditas impuberis, maxime ſi jam delata ſit. Unde colligitur, vendi etiam poſſe hereditatem impuberis, etiamſi nondum ſit delata, hoc eſt, licet filius impubes adhuc vivat. Reſp. Particula, *maxime* ibi ponitur pro *utique*, ut hic ſit ſenſus: In venditione hereditatis teſtatoris venit hereditas filii impuberis, ſi hoc actum ſit maxime, hoc eſt, utique ſi jam delata ſit hereditas impuberis, hoc eſt, ſi jam mortuus fuerit filius impubes.

Nunc videndum de pacto de non ſuccendo. Non valet etiam pactum tale, ut non ſuccedat is qui a lege vocatur; nam eſt contra jus publicum. ut ſi conveniat, ut filius ſit contentus certis bonis, & non agat querela inofficioſi. *l. ſi quando.* §. *illud. C. de inoff. teſt. l. fin. ff. de ſuis & legit.* Opponitur, quod quilibet poteſt favori pro ſe introducto renuntiare. *l. pen. C. de pact.* Item quod quilibet poteſt ſpem futuræ actionis ſibi competentem pacto remittere. *l. ſpem.* 3. *C. de donat.* Reſp. Poteſt quidem quis pacto juri pro ſe introducto renuntiare, niſi hoc pactum repugnet juri publico. Tale autem eſt pactum de non ſuccedendo, quia ſucceſſio tam ab inteſtato, quam teſtamentaria eſt juris publici, cui privatorum pactis derogari non poteſt. *l.* 3. *ff. de teſtam. l. ult. ff. de ſuis & legit.*

Secundo opponitur *l.* 1. §. *ſi parens. ff. ſi a parente quis manum.* Sententia ejus §. eſt: Pater manumiſſor habet contra tabulas filii bonorum poſſeſſionem, ſi præteritus ſit. Verum repellitur exceptione doli. ſi filius tantum in eum contulit, quantum ſatis eſt; puta ſi adepta legitima portione pactus eſt cum eo filius, ne teſtamentum ejus pater inquietet. Ergo videtur probata pactio legibus de non ſuccedendo. Reſpondendum: In ea ſpecie ſatisfactum eſt patri, quia legitimam portionem ſibi debitam ex bonis filii accepit. Idemque ſervatur de portione patroni. *l.* 3. §. *ſed etſi. de bon. libert.* Pactum itaque de non ſuccedendo, quo tantum ex conventione quis percipit, quantum ei ex ſucceſſione debetur, valet, quoniam nihil fit contra bonos mores. *l. cum quo.* 56. §. *fin. ff. ad. l. Falc. Old. in libel. de except. tit. de except. con. pact.* At in *d.* §. *illud.* pater dedit filio certas res, quæ non ſufficiebant ad legitimam, itemque pater adjecit, ut iis rebus eſſet contentus. *d. l. ſi quando.* §. *& generaliter.* Si dediſſet pater quantum ſatis

 eſſet

eſſet ad legitimam, recte conventum eſſet, ut abſtineret reliquis bonis. Itaque filius qui, accepta legitima debita jure naturæ, renunciat ſucceſſioni paternæ, excluditur a ſucceſſione patris. *l. ſi non mortis. 25. ff. de inoff. teſt.* non propter pactum, ſed quia lex ita ſtatuit, ut filius citra ullum pactum accepta legitima removeatur a querela inofficioſi. *l. Papinianus. §. ſi quis mortis. ff. de inoff. teſtam. Donel. ad l. ult. C. de pact. Duar. ad l. 61. de verb. obl. Cujac. ad l. 26. ibid.*

Tertio objicitur *l. 1. l. cum proponas. C. de pact. l. de fideicommiſſo. C. de tranſ.* Ubi dicitur, quod fideicommiſſum fratribus reciproce injunctum pacto remitti poſſit. Ergo tranſactio de non ſuccedendo valet, & propter tranſactionem fideicommiſſum non petitur. Reſp. In prædictis legibus agitur de fideicommiſſaria hereditate: atqui per fideicommiſſum ſucceditur teſtatori, non heredi, qui rogatur fideicommiſſum reſtituere. *l. coheredi. §. cum filia. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* Itaque quando ſpem fideicommiſſi ab herede relicti fideicommiſſarius pacto remittit, non de hereditate viventis, ſed teſtatoris jam mortui paciſcitur. *Donel. ad lib. 1. C. de pact.*

Assertio XXXI.

Pactum bonæ fidei contractibus adjectum parit actionem, ſed ſtricti juris contractibus appoſitum actionem non producit.

Probatur hæc deciſio per *l. in bona fidei. C. de pact.* ubi dicitur, quod in bonæ fidei contractibus ex pacto in continenti addito oritur actio. ergo excluduntur ſtricti juris contractus: nam incluſio unius eſt excluſio alterius. *l. cum prætor. ff. de jud.* Idem probat *l. 7. §. quinimo. ff. de pact.* ubi geminantur hæc verba, quod bonæ fidei contractibus pacta adjuncta creent & informent actionem; quaſi innuat ſecus eſſe in ſtricti juris contractibus. Si enim indefinite verum eſſet, pacta in omnibus contractibus actionem parere, generaliter tradita eſſet regula, non reſtricta ad bonæ fidei contractus. Tertio confirmatur hoc ex eo, quod in ſtricti juris contractibus extenſioni non eſt locus. Quicquid enim iis palam verbis non eſt expreſſum, pro omiſſo habetur. *l. quicquid. de V. O.* ſed ut ex pacto ſtipulationi ſubjecto oriatur actio, hoc inducit extenſionem ſtipulationis, ergo ſtricti juris contractibus pacta adjecta actionem non producunt. Aliud eſt in bonæ fidei contractibus, qui ex tacita partium voluntate extenſionem vel interpretationem recipiunt. *tit. inſt. de oblig. ex conſen.* Hanc opinionem ſequuntur *Curtius, Decius & Porcius in l. petens. C. de pact.*

Huic

Digitized by Google

Huic ſententiæ primo refragatur *l. lecta. ff. de reb. cred.* ubi dicitur pacta in continenti appoſita ineſſe ſtipulationi, quod perinde eſt, ac ſi dicas eſſe partem ſtipulationis, ideoque actionem pariunt. Reſp. Pacta inſunt contractibus ſtricti juris ex parte rei, non actoris, & ita loquitur *d. l. lecta.* ubi pactum fuit interpoſitum favore & gratia rei, ut longius tempus haberet ad pecuniam reddendam; non vero in utilitatem actoris. Hoc igitur dicit lex, quod pactum in continenti adjectum ſtipulationi, minuit actionem ipſo jure, id eſt, reus ipſo jure tutus eſt, nec eſt in eum actio, & ideo non opus eſt reo exceptione. *l. 3. ff. de reſc. vend.* quæ tunc ſolum neceſſaria eſt, cum actio jure civili tenet. *Cujac. lib.* 10. *obſ. cap.* 24.

Secundo objicitur *l. petens. C. de pact.* ubi pactum ſubditum ſtipulationi prodeſt ad actionem producendam. Reſp. quod iſta interpretatio non eſt vera, quia non ex pacto ibi agitur, ſed ex ſtipulatione, cum pactum non ſit appoſitum reformandæ vel confirmandæ ſtipulationis gratia, ſed ſtipulatio potius ſervandi pacti cauſa ſecuta eſt. Non itaque *d. l. petens.* de pacto adjecto, quo pactum confirmatum eſt, loquitur. Ita tradit *Cujac. ad. l. 7. §. quin imo. ff. de pact.* Diſſentiunt ab hac opinione *Hotom. in illuſt. quæſt.* 34. *& lib. 7. obſer. c.* 35. *Duar. ad l. juris gentium. ff. de pact. Goda. de contr. ſtip. cap.* 8. *concl.* 2. *Fachin. lib.* 2. *controverſ. jur. controv.* 99.

ASSERTIO XXXII.

Pupillus abſque auctoritate tutoris naturaliter obligatur.

ANceps & controverſa eſt quæſtio, an pupillus ſine auctoritate tutoris naturaliter obligetur. Sunt leges, quæ affirmant, pupillum ſine tutore obligari naturaliter. *l. 1. ff. de novat. l. ſi ejus.* 64. *ff. ad SC. Treb. l. ſi pupillus.* 21. *ff. ad. l. Falc.* Sunt quæ negant pupillum obligari naturaliter. *l. quod pupillus.* 41. *ff. de cond. indeb. l. pupillus.* 59. *ff. de obl. & act.* Communiter a DD. ita diſtinguitur, quod ſi pupillus capax doli ſit, & pubertati proximus, obligetur naturaliter; ſi non ſit, non obligetur. Hanc diſtinctionem ab omnibus receptam eſſe, teſtatur *Coſtal. in d. l. quod pupillus.* Sed non videtur probabilis: nam primum nuſquam in legibus, quibus de naturali obligatione pupilli agitur, hæc diſtinctio adhibetur. Deinde cum plus quam manifeſtum ſit, quod in infante nullus intellectus exiſtat, veriſimile non eſt, JCtos de tam plano & facili caſu tot reſponſa potuliſſe, cum leges debeant de caſu dubio, non indubitato ferri. *l. quod Labeo. ff. de Carb. edict.* Rectius itaque & melius Baro, meo judicio, tali diſtinctione hæc reſponſa mirabiliter pugnantia conciliat, quod pupillus, qui intellectum habet, & conſentire poteſt, obligetur jure naturali primævo ſeu antiquo, ex quo introducta ſunt religio, veritas, conſtantia, &c. ſed

 non

non jure naturali ſecundario, ſeu jure gentium, ex quo contractus & commercia introducta ſunt: ita ut ea obligatio pupillo damnoſa eſſe nequeat, quia jus gentium noluit tam teneræ & imbecilli ætatulæ conſenſum in negotiis & commerciis detrimento eſſe: ideoque iſta obligatio, qua pupillus tenetur, repetitionem indebiti non impedit. *d. l. quod pupillus.* Eleganter *Baro in manual. de cond. indeb. & inſt. de auct. tutor.* Naturalia ergo debita dicuntur, ſi pupillus ſine tutore promiſit, vel mutuum accepit, ſed tamen pupillus jure gentium hæc debita ſolvere non tenetur; imo nec naturale hoc debitum tam efficax eſt, ut ſoluti repetitionem impediat. *l. interdum. 29. ff. de cond. ind.*

Duo tamen naturalis obligationis pupilli ſunt effectus. Primus eſt, quod in hoc utile eſt tale debitum, ut fidejuſſores, qui pro pupilli obligatione intervenerunt, teneantur efficaciter. *l. ſi pupillus. 27. ff. de V. O. l. ult. ff. de jurejur.*

Secundo debitum naturale pupilli eo prodeſt, ut ſi pupillo ſuccedat hujusmodi creditor naturalis, qui ei pecuniam ſine tutoris auctoritate credidit, ſolidum debitum ex hereditate retineat & deducat, & non tantum id, in quo pupillus locupletior factus eſt. *l. Stichum. §. aditio. ff. de ſol.* Ratio hujus juris eſt, quod multa retineri poſſunt, quæ acquiri nequeant, ideoque facilius creditor retinet in hoc caſu quod habet, quam conſequitur quod non habet. Ad extremum notandum, quod ſi pupillus locupletior factus ſit ex contractu, non ſolum naturaliter, ſed etiam civiliter & efficaciter obligatur. Nam poſt reſcriptum D. Pii (quo ad hoc opus erat, ut ex naturali obligatione daretur actio) obligatur civiliter: ideoque utili actione efficaciter conveniri poteſt, in quantum ex contractu locupletior factus eſt. *l. 3. §. pupillum. ff. de neg. geſt. l. 5. ff. de auct. tut. l. 3. ff. commod. Cujac. ad. d. l. ſi pupillus. gloſ. ad l. 1. ff. de novat. Duaren. ad l. ſi pupillus, 127. ff. de verb. oblig.*

ASSERTIO XXXIII.

Minores ſine curatoribus ſuis recte obligantur.

Probatur hæc propoſitio in *l. puberes. 101. ff. de V. O.* ubi dicitur, quod puberes ſine curatoribus ſuis promittendo obligentur. Cujus legis hæc eſt ſententia, quod puberes de perſona ſua promittere & obligari poſſunt, & ex perſonali obligatione, quam ſine conſenſu & auctoritate curatoris, inierunt, adſtringuntur, non attenta diſtinctione DD. an minor habeat curatorem, nec ne: quia minori etiam curatorem habenti, non opus eſt ejus conſenſu in obligatione perſonæ. *l. ult. §. 1. ff. de V. O.*

Porro hæc *l. puberes.* male accipitur a DD. de puberibus, qui curatorem non habent, quia cum lex dicat, *puberes ſine curatoribus*

ſuis

ſuis poſſunt obligari, verbum *ſuis* indicat minores curatorem habere. Sic ergo ſtatuendum eſt, quod in adminiſtratione & alienatione bonorum, opus eſt minoribus conſenſu & approbatione curatoris, quia minores xxv. annis rerum ſuarum non ſunt idonei adminiſtratores, ideoque ſine curatoribus bona ſua non poſſunt alienare nec adminiſtrare, quamvis rem ſuam bene gerant. *l.* 1. *&* 2. *ff. de min.* ſed perſonaliter ſe obligare poſſunt, & ex contractibus abſque auctoritate curatorum initis tenentur. Ratio eſt, quod curator datur bonis, ideoque bona quæ ejus officio ſunt commiſſa, minor abſque curatoris conſenſu obligare vel alienare non poteſt: perſonæ vero quia curator non datur, neque in perſonam puberis curator ullum jus habet. *l. in copulandis. C. de nupt.* ideo reſpectu perſonæ minor contrahere & ſe obligare poteſt abſque curatoris conſenſu. Unde & abſque auctoritate curatoris minor velut ſui juris matrimonium contrahere poteſt. *l. ſciendum.* 20. *ff. de rit. nupt. Weſemb. ad tit. inſt. de auct. tut.* & in *parat. ff. eod. Cujac. ad l. puberes.* 101. *ff. de verb. obl.* quem ſequitur & approbat *Fachin. lib.* 3. *controv. jur. c.* 9. *Nicolaus Genoa in conciliat. legum juris civilis contrariarum. cap. de confutatione opinionum leges in jure civili contrarias arguentium.*

Neque hæc ſententia everti poteſt ex *l.* 3. *C. de reſt. in int.* qua colligunt DD. contractum a minore, qui curatorem habet, ſine ejus auctoritate initum, eſſe ipſo jure nullum, adeo ut reſtitutione in integrum opus non habeat, quia *d. l.* 3. de alienatione rerum, veluti de venditione jam perfecta impletaque, non de obligatione loquitur. Minor xxv. annis non poteſt res ſuas tam ſoli quam mobiles vendere ſine auctoritate curatoris, quia curatori adminiſtratio bonorum ejus commiſſa eſt. *d. l.* 1. At quæ perſonam ſuam ſpectant, ea ſolus minor ſine curatore ſuo exercet, unde & de perſona ſua utiliter ſine curatore ſuo promittit, quia in perſonam ejus jus & poteſtatem curator non habet. *d. l. ſciendum. Cujac. lib. obſ.* 19. *c.* 34.

Secundo objicitur, quod prohibita alienatione bonorum minori, cenſeantur ea quoque prohibita, per quæ pervenitur ad alienationem. At vero ex obligatione minoris valida pervenitur ad alienationem bonorum, ſi is, qui rite obligatus eſt, nolit ſolvere. *l.* 5. §. *ſi pupillus ſtipulanti. ff. de reb. eor. qui ſub tutel.* Reſp. Ea alienatio minus periculoſa eſt minori 25. annis, quæ non niſi per judicem & cauſa cognita fieri poteſt, & per conſequens, ſi appareat juſtam cauſam obligandi minoris fuiſſe, nec adverſus eam obligationem reſtitutio in integrum ex juſta cauſa poſtuletur. Vide aliam ſolutionem inter *l. puberes.* 101. *ff. de V. O. & l.* 3. *C. de reſt. in int. apud Vultej. in diſcept. ſcholaſt. c.* 16. Diſſentit ab hac ſententia *Goda. in tract. de contr. ſtipul. cap.* 7. *concluſ.* 14. *& ad l. Princeps.* 21. *ff. de V. S.* Vide *Anton. Fabr. in juriſprud. Papinianea.*

 tit. 12.

tit. 12. *de tutel. princ.* 6. *illat.* 25. ubi eleganter confirmat prædictam ſolutionem & conciliationem, quæ tradita eſt *a Cujacio inter l.* 3. *C. de reſtit. in int. & d. l. puberes. ff. de V.* O. & a me hic comprobata. Vide latius de enucleatione hujus quæſtionis differentes *Joan. Robert lib.* 1. *animadverſion. juris civilis c.* 12. *Emanuel. a Coſta. lib.* 2. *ſelect. interpretat. c.* 10. *num.* 9. *Joannem Mercerum lib.* 1. *opinionum cap* 6.

Assertio XXXIV.

Prodigo non ipſo jure, ſed magiſtratus decreto bonorum adminiſtratione, interdicitur, & poſt interdictionem promittendo ne quidem naturaliter obligatur.

Quæſtio eſt dubia inter DD. an prodigo ipſo jure interdicatur adminiſtratione bonorum, vel an opus ſit decreto & interdictione judicis. Breviter hæc eſt veritas, quod olim prodigis ipſo jure, ex lege 12. tab. interdicebatur bonorum adminiſtratione, & in cura agnatorum eſſe jubebantur: ſed hodie prætor prodigo bonis interdicit, & curatores dat. *l.* 1. *l. Julianus.* 10. in verb. *quibus per Prætorem bonis interdictum eſt. ff. de cur. fur. Vigl. ad* §. *item prodigus. inſt. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Et eam eſſe communem DD. ſententiam notant *Villalobos in comm. opin. litera P. Vivius lib.* 2. *comm. opin. op.* 240. Debet itaque prodigis primo bonis interdici per judicem, neque ante interdictionem habetur prodigus. Ratio eſt, quia nemini abſque cauſæ cognitione rerum ſuarum adminiſtratio auferenda eſt. *l.* 2. *ff. de his qui ſunt ſui jur.* Quod adeo verum eſt, ut etiamſi notorie quis ſit prodigus, tamen ante ſententiam & interdictionem judicis bonorum adminiſtratio ei non auferatur. *Vigl. d. loco.* Hæc ſententia præter ſupradictas leges, etiam probatorum auctorum teſtimonio confirmatur, uti ex illo Horatii loco apparet:

— *Interdicto huic omne adimat jus*
Prætor, & ad ſanos abeat tutela propinquos,

Unde & certa formula, qua prodigis bonis interdicebatur, apud Romanos fuit uſitata, quæ extat apud Paulum in ſententiis hiſce verbis: *Quando tua bona paterna & avita tua nequitia diſperdis, liberoſque tuos ad egeſtatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.*

Nec obſtat, quod notorium & manifeſtum in jure æquiparantur judicato. *l. emtorem. ff. de act. emp.* quia multa ſimilia facta ſunt de quibus jus diſponit, quæ ipſo jure fieri & committi dicuntur, quæ tamen facti cognitionem, & judicis declarationem requirunt. *Weſemb. ad* §. *furioſi. inſt. de curat.* Sic jure cautum eſt, quod licet confeſſi habeantur pro judicatis, tamen in criminalibus cau-

ſis id non aliter obtinet, quam ſi per ſententiam ſint condemnati. *l. ſi confeſſus. ff. de cuſt. & exhib. reor.* Sic vaſallus etſi cadat a feudo propter feloniam ipſo jure, non tamen aliter privatur feudi poſſeſſione, niſi præcedat ſententia judicis declaratoria. *Zaz. in epit. feud. part.* 10. *num.* 72. & 73. Sic etiam notoria prodigalitas non efficit, ut cui bonorum ſuorum adminiſtratione ſine ſententia judicis interdicatur. text. eſt in *c. veritas. extr. de dol. & cont.*

Uno tamen caſu prodigo ipſo jure interdicta eſt rei ſuæ adminiſtratio, videlicet ſi quis emat ab homine luxurioſo, quem ſciat ſcorto ilico pecuniam daturum, aut alias turpiter conſumturum: ea enim emtio non ſubſiſtit. *l. ſi quis. ff. pro emp.*

Secundo non obſtat, quod prodigus ipſo jnre deſinat eſſe in cura, ubi ſanos mores recepit, & aperte frugalis eſſe cœpit. *l.* 1. *ff. de cur. fur.* quia facilius ad ea quæ ſunt juris communis & libertatis reditur, quam abitur, & res facile redit ad ſui naturam.

Tertio objicitur, quod furioſus & prodigus comparantur. *l. furioſi.* 40. *ff. de R. J. l.* 1. *ff. de cur. fur. l. his qui. §. Divus. ff. de tutor. & cur. dat. ab his.* Sed furioſus ipſo jure amittit adminiſtrationem bonorum, nec ullum negotium contrahere poteſt. *l. in negotiis.* 5. *ff. de R. J.* Ergo ſimiliter & prodigus. Reſp. Quoad quid, ſeu certo reſpectu comparantur furioſus & prodigus, quod uterque ſit in curatione, & bona eorum adminiſtrationi curatorum committantur. Verum in hoc differunt, quod furor ſit vitium, quod magis extrinſecus appareat, & ex actibus externis facile poſſit dignoſci. *l.* 4. *ff. de adil. edict.* At prodigalitas vitium eſt magis in animo latens: unde ut certo de eo conſtet, judicis declaratione opus eſt. Sæpe enim qui uni prodigus cenſetur, alteri ſplendidus & liberalis habetur. Diſſentit ab hac ſententia *Fachin. lib.* 2. *contr. jur. c.* 63. ubi adſtruit prodigum etiam, antequam bonis a magiſtratu ei interdicatur, contrahere & ſe obligare paſſe: & ante eum *Donellus* idem late defendit *ad. l.* 6. *ff. de V. O.* Illud tanquam ſingulare bene notandum Imp. Leonis noviſſima conſtitntione cautum, ut prodigis liceat teſtamentum facere, ſi modo utiliter de rebus ſuis diſponant. Quare ſi ſane & prudenter fuerint teſtati, ſervari debet extremum eorum judicium. Quod certe æquitatem in ſe habet naturalem. *Vigl. ad §. item prodigus. inſt. quib. non eſt perm. fac. teſtam.*

Contra poſteriorem partem theſis objicitur *l. Marcellus. ff. de fidejuſ.* Ubi dicitur, ei, qui pro pupillo ſine tutoris auctoritate promittente, item prodigo & furioſo fidejuſſit, non ſubveniri. Unde cum fidejuſſor efficaciter obligetur, videtur & prodigus naturaliter obligari, quia niſi præcedat naturalis ſaltem obligatio, fidejuſſor intervenire non poteſt. *l. fidejuſſor.* 16. §. 2. *ff. de fidejuſ.* Cui e diametro repugnat *l. is cui.* 6. *ff. de V. O.* Ubi Ulp. reſpondet, quod prodigus cui bonis interdictum eſt, obligari non poteſt,

& ideo nec fidejuſſor pro eo intervenire poteſt, ſicuti nec pro furioſo. Reſp. Diſtinguendum arbitror inter eum qui pro pupillo, & eum qui pro prodigo vel furioſo fidejuſſit. Fidejuſſor pro pupillo interveniens obligatur, quia pupillus naturaliter tantum obligatur, nec fidejuſſori ſubvenitur propter perſonam pupilli. *l. ſi pupillus.* 127. *de V. O. l. ſi pupillus. ff. de recept. qui arbit.* Neque dabitur fidejuſſori contra pupillum mandati vel negotiorum geſtorum actio; nam actio negotiorum geſtorum non competit, niſi utiliter geſtum ſit negotium, hoc eſt, niſi pupillus factus ſit locupletior; tunc enim efficaciter tenetur. *l.* 5. *ff. de auct. tut.* Pro prodigo vero & furioſo fidejubens non obligatur, quia furioſus & prodigus nec natura obligantur, & ideo nec fidejuſſori ſubvenitur per reſtitutionem, cum ipſo jure ſit munitus. Si tamen furioſus & prodigus potuerant jure obligari, ut puta cum ex delicto vel quaſi contractu obligatio procedit, tunc nec eis ſubvenitur, nec fidejuſſori. *l. ſi a reo.* 70. §. *ſi a furioſo. ff. de fidejuſ. l. furioſus.* 43. *ff. de obl. & act. Baro. ad l. quod dictum.* 32. *de pact.* Vide de conciliatione harum duarum legum pugnantium, ſcilicet *l. is cui.* 6. *ff. de V. O. cum l. Marcellus. ff. de fidejuſ. Anton. Fabr. lib.* 8, *conject. jur. c.* 5. *&* 6. ubi elegantiſſime ſcribit. Prædictam conciliationem Baronis a me traditam probant & ſequuntur *Joan. Robert. lib.* 2. *recept. lection. cap. ult. Cujac. ad l. is cui. ff. de V. O. & ad l. ſi hominem. in fin. ff. de uſucap. Gothofred. in d. l. Marcellus. Weſemb. ad tit. de fidejuſ.* §. *in omnibus. in fine.* & noviſſime *Nicolaus Genoa in conciliationibus legum contrariarum diſſolutione antinomiæ inter l. is cui. ff. de verb. obl. & l. Marcellus. ff. de fidejuſſ.* Vide & de conciliatione harum legum *Forner. lib.* 3. *ſelect. cap.* 25.

ASSERTIO XXXV.

Ex pactis adjectis contractibus bonæ fidei non competit actio præſcriptis verbis, ſed actio ex principali contractu.

PRobatur hæc ſententia primo hac vulgari regula, quod tunc demum actione præſcriptis verbis agendum eſt, cum certa & nominata deficit actio. *l.* 2. *ff. de præſcript. verb.* Accedit & hæc ratio quod pacta adjecta ſunt pars ejus contractus, cui adjiciuntur; ergo & actio eadem competit, quæ ex principali contractu datur. Sic pacta emtioni adjecta pariunt actionem ex emto vel vendito, & ſic in cæteris. *l. fundi.* 79. *ff. de contr. emp. l. tenetur.* 6. §. 1. *ff. de act. emp.*

Objicitur *l.* 2. *C. de pact. int. emp.* Ubi ex pacto venditioni fundi adjecto, ut venditori pretium quandoque offerenti fundus reſtitua-

reſtituatur, datur actio præſcriptis verbis. Reſp. Illud pactum magis diſtrahendæ & reſolvendæ, quam contrahendæ venditionis gratia adjectum eſt, ideoque actio præſcriptis verbis competit. Cum enim pacta ſoleant adjici, ut per ea firmentur & roborentur contractus, ſi ad diſſolutionem eorum tendant, agetur præſcriptis verbis. *Alciat lib. 5. parad. c. 1.* Poteſt etiam dici, quod actione ex vendito hoc quoque caſu agi poſſit, ſi quis velit; & adjicitur in *d. l. 2.* competere etiam actionem præſcriptis verbis, quod hoc ſit tutius contra adverſarii diſſenſiones.

Secundo objicitur *l. Labeo. 50. ff. de contr. emp. & l. ſi convenit. 9. ff. de reſc. vend.* in quibus datur ex pacto venditioni adjecto præſcriptis verbis actio. Reſp. Fuit hæc res controverſa inter Proculianos & Sabinianos. Proculiani dabant actionem præſcriptis verbis. *l. ſi vir uxori. 12. ff. de præſcr. verb.* Sabiniani actionem ex contractu, cui pactum adjectum erat, decernebant. *d. l. ſi convenit.* Poſtea hoc diſſidium Impp. compoſuerunt, data non actione præſcriptis verbis, ſed illa quæ ex principali contractu deſcendit, cui pactum adjectum eſt. *l. ſi fundus. 4. ff. de leg. commiſſ.* in verb. *ſed jam deciſa eſt quæſtio, ex vendito actionem competere.* ut reſcriptis Antonini & Di: Severi declaratur. *l. imperator. 16. ff. de in diem addict. Borch. c. ult. de pact. num. 35. Cujac. ad l. 7. ff. de pact.* Diſſentit Baro ab hac ſententia ad *princ. tit inſt. locat.* ubi tradit ex pacto incontinenti adjecto contractui produci actionem tam ex ipſo contractu, quam actionem præſcriptis verbis, eaſque actiones ſimul concurrere. Probat & defendit ſententiam meam *Petrus Grangianus in paradox. jur civil. cap. 39.* ubi tradit, quod ex pacto incontinenti adjecto contractui ſola actio ex contractu naſcitur.

ASSERTIO XXXVI.

Pactum contractibus adjectum de non alienando, non impedit tranſlationem dominii; ſed ad intereſſe agere poterit paciſcens, ſi ſua interſit non alienari.

Ratio aſſertionis eſt, quia pactum ne liceat domino rem ſuam alienare, repugnat naturæ & legibus dominii: quippe hoc dominii proprium eſt, ut dominus poſſit ſtatuere de rebus ſuis ut velit. *l. in re mandata. C. mandati.* Itaque pactum quo convenit, ne dominus res ſuas alienet, perinde eſt atque ſi convenerit, ut qui dominus eſt, dominus non ſit.

Quatuor loci juris huic ſententiæ adverſantur. Primo objicitur *l. ea quidem. C. ſi manc. ita fuer. alien.* ubi dicitur, ſi ſervus ita venditus fuerit, ne manumittatur, quod manumiſſio ſecuta non tenet. Reſp. *Cujac.* illam *l.* loqui de ſervo vendito, ea lege ne manumit-

numittatur, quæ impedit libertatem, non de ſervo prohibito alienari. Lex ne manumittatur, perſonæ ſervi cohæret, lex ne alienetur, non item.

Secundo objicitur *l. ult. C. reb. al. non alien.* ubi traditur, valere pactum, quo convenit, ne domino rem ſuam alienare liceat. Reſp. Tale pactum quidem valet, ſed eatenus, ut alienans contra prohibitionem teneatur ad intereſſe, verum alienatio nihilominus rata & efficax eſt. Itaque agetur ex hac ſtipulatione ſeu pacto ad id quod intereſt, ſicut in aliis obligationibus faciendi obſervatur. *l. ſi ſterilis.* 21. §. *ſi tibi. ff. de act. emp.* Nam talis prohibitio de non alienando non impedit tranſlationem dominii. *l. ea lege. ff. de cond. ob cauſ.* Pulchre *Donel. ad l. ſi ita quis.* 135. §. *ea lege. ff. de verb. oblig.* Deinde in ea lege non dicitur, quod dominium non poſſit in accipientem transferri, ſed tantum notatur, quæ contineantur verbo alienationis, cum prohibita eſt alienatio, plus vero ea lege non definitur.

Tertio objicitur *l. ſi creditor.* §. *ult. ff. de diſt. pig.* quæ dicit, ſi creditor paciſcatur cum debitore, ne vendat pignus, venditionem contra tale pactum initam, nullam eſſe. Reſp. Qui jus habet in re, ut creditor in pignore, ita paciſci poteſt: atqui extraneus qui nihil juris habet in re, non poteſt ita paciſci, ad hoc ut res non alienetur ab accipiente, & ideo accipiens alienando nihilominus transfert dominium, ſalva paciſcenti actione ad intereſſe. *Duaren. ad d. l. ſi ita quis.* 135. §. *ea lege. ff. de verb. obl.*

Quarto obſtat *l. pen. ff. de pact.* Ubi reprobatur hoc pactum, ne dominus rem ſuam alienet. ergo ex eo non datur actio. Reſp Pactum hoc ita demum valet, ſi adjiciatur contractui. *l. ult. C. de pact. int. emp.* Sed ſi tale pactum nudum ſit, & ſeorſim à contractu interponatur, non valet, ut agatur ad intereſſe, quia ex nudo pacto non datur actio. Præterea cum tali pacto nihil remittatur debitori, neque ad excipiendum prodeſſe poteſt.

ASSERTIO XXXVII.

Pacto uni tantum ex heredibus cavere poſſumus, ut cæteris non proſit.

SI debitor paciſcatur cum creditore ſuo, ne petat ab uno ex heredibus ſuis, hoc pactum valet, ut illi tantum proſit, cui defunctus pactus eſt, cæteris autem heredibus non prodeſt. *l. avus.* 33. *ff. de pact. l. avus.* 10. *ff. de pact. dot.* ubi pactum ab avo initum, ne dos quam promiſit pro nepte, petatur a filio, prodeſt filio heredi, coheredi vero ejus non prodeſt. Ratio eſt, quia pacto uni tantum ex heredibus noſtris conſulere poſſumus, quo caſu coheredibus non eſt danda pacti exceptio.

Objicitur

Objicitur *l. continuus.* 137. §. *ult. ff. de V.O.* ubi dicitur non poſſe defunctum ſtipulari, ut uni ex heredibus aliquid detur, ſed neceſſario omnibus heredibus acquiri pro partibus hereditariis. Reſp. Mero quidem & ſummo jure illud quod uni ex heredibus quis dari ſtipulatur, omnibus acquiritur: quia obligatio, quæ a defuncto incepit, *ex ll.* 12. *tab.* inter heredes dividitur pro hereditariis portionibus: ſed tamen his qui contra defuncti voluntatem petunt, obſtabit doli exceptio, per *l.* 1. *C. de except.* Accurſ. notat, quod *d.* §. *ult.* loquatur de rigore juris, ſed *d. l.* 1. procedat ex æquitate.

Secundo objicitur *l. eum qui.* 56. §. 1. *V.O.* ubi dicitur, ſi quis ſe & heredem ſuum Titium daturum ſpoponderit, quod nihilominus cæteri coheredes tenentur pro portionibus hereditariis. Reſp. Ideo ibi Titius non tenetur, niſi quatenus eſt heres, quia ultra portionem hereditariam heres habetur pro extraneo. *l. cum a matre. C. de rei vend. l. pen. C. de her. act.* Atqui inutilis eſt ſtipulatio, qua heres ultra portionem hereditariam ad dandum adſtringitur; quia inutilis eſt ſtipulatio, qua quis extraneum aliquid daturum promiſerit. §. *ſi quis alium. inſt. de inut. ſtip.* Porro cum inutilis eſt ſtipulatio, pactum tacitum quod ex ea colligitur, ut ſcilicet ab aliis heredibus nihil petatur, valere non poteſt, propter regulam juris, quæ ait ex ſtipulatione inutili non colligi utile pactum. *l.* 1. §. *eum qui. ff. de conſt. pec. l.* 1. §. *ſi quis ita. de V.O.* Si autem expreſſe & nominatim actum eſſet, ut a cæteris coheredibus non petatur, pacti exceptio eis proderit, quia pacti exceptio uni heredum acquiri poteſt. *d. l. avus. Duaren. ad d. l.* 56. §. 1.

ASSERTIO XXXVIII.

Redditio chirographi facta a creditore debitori, inducit remiſſionem dibiti: pignoris vero reſtitutio non item.

SI creditor debitori ſuo chirographum reddit, tacite conveniſſe videtur, ne peteret, debitumque remiſſum cenſetur. Diverſum obtinet in pignore, per cujus redditionem non intelligitur facta liberatio debiti, ſed tantum pignoris obligatio ſoluta cenſetur *l.* 2. *&* 3. *ff. d. pact. l. creditricem. C. de remiſ. pig.* Rationem diverſitatis, quam reddit *gl. in d. l.* 3. communiter ſequuntur DD. quia redditio inſtrumenti ſeu chirographi aliam debitori utilitatem, quam liberationem debiti adferre non poteſt. Ne ergo nihil actum videatur, redditio chirographi inducit liberationem debiti, quia verba & actus hominum ſemper ita interpretanda ſunt, ut aliquid operentur. *l. ſi quando.* 109. *ff. de leg.* 1. Redditio vero pignoris aliud adfert commodum præter libertationem debiti, quia facilius mutuum ſub pignore accipitur, item pignus vendi poteſt. itaque debitum

bitum principale reddito pignore nihilominus peti poteſt.

Objicitur prædictis *l. ſi chirographum. ff. de prob.* ubi dicitur, ſi chirographum reperiatur cancellatum penes debitorem, nihilominus creditor poteſt petere debitum, ſi probet ſibi adhuc deberi. Reſp. Aut debitor qui habet inſtrumentum cancellatum, allegat ſe pacto liberatum, & tunc debet probare redditum ſibi inſtrumentum. *d. l.* 2. quæ requirit, ut creditor tradiderit debitori inſtrumentum. Ratio eſt, quia qui dicit ſe pacto liberatum, allegat donationem: donatio autem non præſumitur, niſi probetur. *l. cum de indebito. ff. de prob.* Ergo probare debet debitor cautionem ſibi redditam. Aut debitor allegat ſe liberatum ſolutione, & probationis cauſa chirographum cancellatum profert, & tunc præſumtione juris liberatus cenſetur, niſi adhuc creditor ſibi deberi manifeſte oſtendat. *Caſt. ad d. l.* 2. *&* 3. Probare autem poterit creditor debitum, ſi probaverit deletionem chirographi ſe invito factam. *l.* 1. §. *legi. &* §. *ſed conſulto. ff. de his quæ in teſt. del.* Item cum debitor, apud quem cancellatum reperitur inſtrumentum, eſt domeſtica perſona, puta uxor, liberi, vel famulus, quæ facile ſubtrahere potuerit inſtrumentum, tunc non cenſetur liberatus. *l. unic.* §. *ille autem. C. de latin. libert. toll. &c.* quia alias daretur materia furandi & inſidiandi. *Praſ. Ever. conſ.* 170. Item ſi creditor probet domum ſuam fuiſſe hoſtiliter direptam, & multa inſtrumenta eſſe ablata, tali caſu præſumtio eſt contra debitorem, quod invito creditore ſit facta chirographi ablatio vel redditio. Ita notant *DD.* in *l.* 2. *ff. de pact. Gail. lib.* 2. *obſer. c.* 37. Conſultius itaque faciet debitor, ſi non modo ſibi a creditore chirographum reddi curaverit, ſed etiam præterea recipiat apocham ſolutæ pecuniæ. Certior enim modus probandi debiti inducitur per apocham, quam per reſtitutionem inſtrumenti. *l. pecunia. & l. ſeq. C. de ſolut. Coſtal. ad d. l.* 2. *ff. de pact.*

ASSERTIO XXXIX.

Nuda pacta non pariunt actionem, ſed exceptionem tantum.

Regula hæc traditur in *l.* 7. §. *ſed cum nulla. ff. de pact. l. in bonæ fidei.* 13. *C. eod.* Ratio eſt, quia leviter homines & ſine cauſa facile promittunt. Noluerunt itaque legiſlatores, ut temere & ex incogitantia prolatis verbis, promiſcue quis obligaretur: ſæpe enim plura captandæ benevolentiæ cauſa homines promittunt, quam ut ſerio præſtare velint. *Weſemb. de pact. num.* 9. Addi poteſt & hæc ratio, quod leges execrantur multitudinem litium. Replerentur enim omnia fora litibus, ſi ita jus eſſet, ut ex quolibet nudo pacto daretur actio. *Anton. Faber in rational. ad l.* 7. §. *ait prætor. ff. de pact.*

Huic

Huic ſententiæ repugnat *l. frumenti. C. de uſur.* ubi frumenti mutuo dati uſuræ debentur ex nudo pacto: item *l. etiam. ff. eod.* ubi ex nudo pacto debentur uſuræ creditarum civitati pecuniarum. Reſp. Hic revera pacta nuda non ſunt, quia numerationi pecuniæ & traditioni ſunt adjecta; ſed ideo dicuntur nuda, quia ſtipulatio non eſt addita. Cum enim uſuræ non debeantur in ſtricti juris contractibus niſi in ſtipulatum ſint deductæ. *l. 3. C. de uſur.* nudum pactum accipiendum eſt in tractatu uſurarum, cujus confirmandi cauſa ſtipulatio non eſt ſecuta. *Donel. ad l. 10. C. de pact.*

Secundo movetur tale argumentum: Prætor pollicetur ſe pacta ſervaturum: ſed ſi quid pacto promiſſum eſt, ſervari non poteſt, niſi actio eo nomine detur: ergo ex pacto competit actio. Idem probatur in *l. inter. 44. §. 1. ff. fam. erciſc.* ubi dicitur, quod prætor ſervat adjudicationes in judicio familiæ erciſcundæ, actiones vel exceptiones dando. Idem traditur in *l. ſtatuas. 41. in fin. ff. de acq. rer. dom. Bart.* dicit ſe in hoc loco hærere, & quod neſciat ſolvere, niſi divinando. Reſp. Dum in hoc edicto prætor pollicetur ſe pacta ſervaturum, ex uſu & conſuetudine prætorum ſubintelligi debet conditio, quatenus id per leges licet. arg. *l. 1. in fin. ff. ex quib. cauſ. major.* Itaque cum jus civile non concedit ex pacto actionem, nec prætor admittit. Quoties enim lex non concedit actionem, tunc neque prætor dat, niſi ſpecialiter & aperte dicat ſe actionem dare. *l. cum ſponſus. 12. §. ſi res. 4. ff. de Publ. in rem. act.* ubi dicitur prætorem non dar Publicianam actionem, quando res non poteſt alienari, non quia non poteſt, ſed ne quid contra leges faciat. Ergo neque jure civili, neque prætorio datur ex pacto actio. *Donel. d. loco.*

Tertio obſt. *l. 3. C. de contr. ſtip.* ubi fundo promiſſo nudo pacto, talis ſtipulatio fuit ſubjecta, *Si fundum non dederis, decem dabis?* & reſcribitur poſt motam litem extitiſſe conditionem ſtipulationis. Notanda ſunt verba *poſt motam litem*, quibus verbis ſignificatur ex pacto fuiſſe actum. Reſp. Ex pacto non datur actio in invitum, in volentem eſſe poteſt. Et ſi quis pacto nudo quid promiſerit, & poſtea fuerit ſubjecta ſtipulatio pœnalis conditionalis, promiſſor ex pacto actionem excipere debet, & volens pati, ut ex pacto ſecum agatur; alias committitur ſtipulatio pænalis. Hæc eſt ſententia veteris interpretis Johannis, ut notat *Cujacius in l. ita ſtipulatus. de V. O. & lib. 19. obſ. c. 32.*

Quarto objicitur *l. ſi quis argentum. 35. §. ult. C. de donat.* ubi dicitur, quod ex nudo pacto donationis efficax oritur actio, quam DD. ſtatuunt eſſe & dici condictionem ex lege. Reſp. Hoc pactum donationis eſt a lege civili, conſtitutione ſcilicet Imp. Juſtiniani confirmatum. Ideoque non ex ſimplici & nudo pacto ibi naſcitur actio, ſed ex pacto donationis a lege confirmato.

Quinto obſtat *l. ad exactionem. 6. C. de dot. promiſ. & l. fin. C. ad SC,*

ad SC. Vell. ubi ex nudo pacto & pollicitatione dotis actio datur? Reſp. Ibi non eſt nudum pactum, ſed contractus dotis. *l. contractus.* 23. *ff. de R. J.*

Sexto obſtat *l.* 10. *ff. de obl. & act. & l. fidejuſſor.* 16. §. 4. *ff. de fidejuſ.* ubi dicitur, etiam ex naturali obligatione, qualis eſt quæ nudo pacto contrahitur, actionem produci. Reſp. Quod ſingulari quodam jure ex naturali obligatione actio naſcitur, puta, quando pupillus ſine tutoris auctoritate contraxit & locupletior factus eſt: ex ea enim obligatione efficax naſcitur actio. *l.* 5. *in fin. princip. ff. de auct. tutor.*

Noviſſime ſciendum, quod hodie ex pactis ſerio & deliberato initis jure canonico efficax datur actio, quia inter ſimplicem loquelam & juratam Deus nullam differentiam agnoſcit. *c.* 1. *extr. de pact. c. juramenti.* 22. *quæſt.* 5. ubi dicitur, inter ſimplicem loquelam, & juramentum nihil intereſſe. Text in *d. c.* 1. ita habet: *pax ſit, & pacta cuſtodiantur, & ſuam obtineant firmitatem.* Idem dicitur in *c. qualiter. eod. tit. Studioſe agendum eſt, ut quæ verbo promittantur, opere compleantur.* Quod & jure divino confirmatur, uti *Pſal.* 88. *Quæ procedunt de labiis meis, non faciam irrita.* item *Deuteron. cap.* 23. *Quod ſemel egreſſum eſt de labiis tuis, obſervabis.* Eaque ſententia in foro civili ſervanda eſt. *Weſemb. d. loco.* Quod & jure civili defendi poteſt, eo in caſu, ſi adverſarius damno afficiatur, eo quod pacta non ſerventur. *Alciat. lib.* 5. *parad. c.* 3. Probatur ex *l. & eleganter.* §. *ſervus. & l. ſi cum mihi.* 34. *ff. de dolo.* Ubi ex nudo pacto datur actio de dolo, ſi adverſarius damnum patiatur ob non ſervatum pactum. *Baro. ad d. l.* 34. *Coſtal. ad l.* 7. *ff. de pact.* Vocatur autem hæc actio quæ datur ex nudo pacto, condictio ex canone. arg. *l.* 1. *ff. de cond. ex leg. Adaman. in diviſ. act. quæſt.* 17. Diſſentiunt *Conna. lib.* 5. *com. c.* 3. *num.* 6. *Facat. de occult. juriſp. dial.* 69. *Bocerus ad l. contractus. de R. J. Duar. ad tit. de pact.* qui tradunt quod ad obſervantiam pactorum competat tantum jure canon. judicis officium, quod eſt extraordinarium remedium. *c.* 1. *& æqualiter. extr. de pact.* Vel pœna excommunicationis mulctantur violantes pacta: quod item eſt remedium extraordinarium, & locum non habet, niſi deficiente ordinario. *c. novit. extr. de judic.* Adſtipulatur *Fachin. lib.* 2. *controv. c.* 100. Poſtremo ſciendum, quod *Anton. Fab. ad. l.* 7. §. *ait prætor. ff. de pact.* novam opinionem tenet, videlicet quod nulla actio detur jure canon. ex nudo pacto. Quod enim traditur *in cap.* 1. *extr. de pact.* quod pacta debent cuſtodiri, & ſuam obtinere firmitatem, hoc eodem modo intelligit, quo prætor jure civili ait pacta eſſe ſervanda, ſcilicet datis exceptionibus tantum, non vero actionibus. *d. l.* 7. §. *ſed cum nulla. ff. de pact.*

ASSERTIO XL.

Ambiguum vel obſcurum pactum contra venditorem, ſtipulatorem, & locatorem interpretandum eſt.

PActum ambiguum, quod duobus vel pluribus modis poteſt intelligi, vel obſcurum, quod nullo modo poteſt intelligi, contra venditorem vel locatorem interpretandum eſt. *l. veteribus.* 39. *ff. de pact. l. Labeo.* 21. *ff. de contr. empt.* ut puta ſi dixerit venditor, *Stillicida uti nunc ſunt, ut ita ſint*, debebit venditor quaſi ambigue loquens prædium liberum a ſtillicidii recipiendi ſervitute præſtare. *l. ſi arborem.* 17. §. 1. *ff. de ſerv. urb. præd.* Ratio decidendi eſt, quia interpretatio contra eum facienda eſt, in cujus poteſtate fuit legem apertius dicere contractui. *l. cum quæritur. ff. de reb. dub. l. in contrahenda.* 172. *ff. de R. J.* Atqui in venditoris poteſtate eſt legem qualemcunque venditioni rei ſuæ dicere. *l. ult. C. de pact. int. empt. l. legem. C. de don.* Sic in ſtipulationibus ambiguitas quoque contra ſtipulatorem interpretanda eſt, quia cum ſtipulatio ab interrogatione incipiat, illi imputandum eſt, cur non apertius ſit ſtipulatus. *l.* 38. §. *in ſtipulationibus. ff. de V. O.* Concordat *c. contra de R. J. in 6.* quod ita habet: *Contra eum, qui legem dicere potuit apertius, eſt interpretatio facienda.*

Objicitur *l. ſi mihi.* 110. §. *ult. ff. de V. O.* Ubi dicitur, non quid promiſſor ſenſerit, ſpectari debere, ſed ſtipulantis mentem ſpectandam eſſe. Reſp. Ideo in ſpecie ibi propoſita ſtipulatoris mens ſpectatur, quia cum veritate omnino congruit, & loquendi uſu, a quo mens promiſſoris prorſus eſt aliena. *Fab. ad l. quoties.* 97. *de R. J.*

Secundo objicitur *l. ſi in emtione.* 34. *ff. de contr. empt.* Ubi dicitur, quod pactum ambiguum contra emtorem interpretandum eſt. Nam cum conveniſſet ibi, emtioni fundi Stichum acceſſurum, neque intelligeretur quis Stichus ex pluribus acceſſerit, cum de alio venditor, de alio emptor ſenſerit; is Stichus debetur, quem venditor intellexit. Reſp. Ibi ſtatuendum eſt, emtorem conveniſſe de Stichi acceſſione, ideoque contra eum qui legem apertius potuit dicere contractui, facienda eſt interpretatio. *c. contra eum.* & ibi *Peck. de R. J. in 6.*

Tertio objicitur *l. ſi quis intentione.* 66. *ff. de judic.* Ubi dicitur, ſi quis ambigua intentione vel oratione uſus ſit, id quod utilius ei ſit, accipiendum. Reſp. Aliud eſt loqui de eo, quod unus tantum contrahentium vel litigantium dixerit, ſive in judicio, ſive extra judicium: aliud vero de eo, quod a pluribus paciſcentibus vel contrahentibus conventum eſt. Priori enim caſu nemini fit injuria, cum verba ex proferentis voluntate accipiuntur. Poſteriori autem caſu fieret injuria ei, cum quo pactum eſt commune. *Anton.*

ton Faber in rational. ad l. veteribus. 39. *ff. de pact. Hotom. in diſputat. de pact. in fin. Forner. lib.* 2. *ſelection. cap.* 18.

Assertio XLI.

Quilibet poteſt pacto, juri, & favori pro ſe introducto renuntiare.

Regula eſt juris antiqui, quod unicuique licet juri & privilegio ſuo renuntiare, quæ tradita extat in *l. pactum.* 46. *ff. de pact. l. ſi judex.* 41. *ff. de minor. l. pen. C. de pact.*

Sed multa adverſantur huic regulæ. Primo obſtat, quod mulier paciſci non poteſt, ut longiori die quam qui a legibus præfinitus eſt, dos ſibi reddatur. *l. de die. l. Attilicinus. ff. de pact. dot.* Sed dos mulieris eſt, & in utilitatem ejus datur, unde videbatur non poſſe eam pacto favori ſuo renuntiare. Reſp. Dos ita eſt mulieris, ut eam reddi reipub. quoque interſit, in eoque publica utilitas quodammodo verſatur. *l.* 1. *ff. ſolut. mat.* Atqui jus publicum privatorum pactis immutare non licet.

Secundo objicitur *l. alia.* 14. §. 1. *ff. ſolut. mat.* ubi traditur, quod marito, qui habet beneficium, ne in reddenda dote in plus teneatur, quam facere poſſit, non liceat paciſci in dote accipienda, ut ſolidum ab eo exigatur. Reſp. Hoc ideo cautum eſt jure, quia hujuſmodi pactum eſt contra bonos mores. Eſt enim hoc contra reverentiam marito debitam, ut maritus teneatur in plus quam facere poteſt. Pacta autem quæ fiunt contra bonos mores, ipſo jure nullius ſunt momenti. *l.* 6. *C. de pact.*

Tertio refragatur regulæ, quod actio communi dividundo inſtituta eſt in favorem eorum, qui rem communem habent, & volunt a communione recedere. Atqui non licet ſociis paciſci, ne in perpetuum a communione recedatur. *l. in hoc judicium.* 14. §. *ſi conveniat. ff. comm. divid.* Ergo non licet unicuique juris ſui perſecutionem pacto remittere. Reſp. Duplici cauſa illud pactum, ne omnino diviſio fiat, improbatur. Primo, quia pactum non eſt validum, in quo paciſcentis nihil intereſt. *l. pen. ff. de pact.* nihil autem intereſt paciſcentis pactum illud ſervari, quia intereſt potius ejus a communione recedi: cum ea quæ communiter poſſidentur, plerunque negligantur. *l.* 2. *C. quand. & quib. quart. pars debetur ex &c.* Secundo hoc pactum, ut in communione ſemper maneant ſocii, eſt contra bonos mores, quia communio plerunque ſolet excitare diſcordias. *l. cum pater.* §. *dulciſſimis. ff. de leg.* 2.

Quarto cum hac aſſertione pugnat *l. cum precario.* 12. *ff. de precar.* ubi dicitur, ſi convenerit, ut qui accepit precario, in calend. Junias precario poſſideat, hujuſmodi conventionem nullas habere vires, & tamen interdictum de precario in gratiam ejus, qui de-

dit

dit precario, inductum eſt. Reſp. Hoc pactum, ut ad certum tempus precario rem accipiens retineat, neque liceat ante illud tempus precario danti revocare, ideo non valet, quia repugnat ſubſtantiæ precarii, cujus hæc eſt natura, ut petenti precario concedatur tamdiu utendum, quamdiu is qui conceſſit, patitur, repetiturus cum libuerit. *l.* 1. *ff. de precar.* Sed quæ de ſubſtantia alicujus actus vel contractus ſunt, ea pacto tolli vel immutari, non poſſunt. *l. nec ex prætorio.* 27. *ff. de R. J.*

Poſtremo graviter obſtat *l. ſi convenerit* 18. *ff. de juriſd.* ubi dicitur, neminem cogendum eſſe hac conventione ſtare, ſi convenerit, ut alius prætor, quam cujus juriſdictio eſt, jus diceret. In qua tamen conventione is qui pactus eſt, privilegio & præſcriptioni fori ſui aperte renuntiat. Reſp. Pacto nudo effici non poteſt, ut quis conveniatur apud alium judicem, quam cujus juriſdictioni ſubjectus eſt, quia ex nudo pacto non datur actio. Atqui iſtius pacti nulla eſſet utilitas, niſi quis ex eo poſſet compelli actione aliqua, ut coram non ſuo judice litigaret. Eaque eſt ſententia *d. l. ſi convenerit.* Verum ſi hoc pactum in contractu aliquo adjectum fuerit, ut quis coram non ſuo judice litigare teneatur, hoc pacto ſtandum eſt, quia pacta adjecta contractibus obligationem & actionem pariunt *l. in bonæ fidei. C. de pact.* Ita accipienda eſt *l. penul. C. de pact.* ut recte eam interpretantur *Govean. & Cujac. ad d. l. ſi convenerit. Fachin. lib.* 1. *controverſ. cap.* 61.

Assertio XLII.

Jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt.

In jure civili pro regula ſtatuitur, quod jus publicum privatorum conventionibus tolli aut mutari non poſſit. *l. jus publicum.* 38. *ff. de pact. l. neque pignus.* 45. §. *ult. ff. de R. J.* Jus publicum dicitur, quod continet principaliter utilitatem publicam, quod & alibi dicitur jus commune vel ſolenne. *l.* 7. §. *& generaliter. ff. de pact. l. nec ex prætorio.* 27. *ff. de R. J.* Exempla ſunt: Jure publico introductum eſt, ut liberi primo loco parentibus ſuccedant ab inteſtato. Unde pactum non valet, ut filia dote contenta excludatur ab hereditate paterna. *l. ult. ff. de ſuis & legit.* Exemplum 2. Donatio inter virum & uxorem moribus prohibita eſt propter utilitatem publicam, ne concordia maritalis quæ virtute, obſequio, & induſtria paranda eſt, pretio conciliari videatur. *l.* 3. *ff. de don. int. vir. & ux.* Si igitur maritus donavit uxori, pacto adjecto, ne res donatas repetat, hoc pactum contra jus commune initum, eſt invalidum, quoniam hoc pacto jus publicum, quod donationes inter conjuges inhibet, infirmatur. *l.* 1. *ff. de pact. dotal.* Exemplum etiam accommodatum adfertur ex jure canon. Sic enim & pactum

non valet, quo ſacerdos renuntiat præſcriptioni fori eccleſiaſtici, ut ſubeat juriſdictionem ſecularem. *c. ſi diligenti. extr. de for. comp.* Idque adeo procedit, ut ne renuntiatio quidem fori fieri queat à clerico, etiamſi juramentum accedat. Cujus ſententiæ ratio redditur in *d. c. ſi diligenti.* quia non ſit hoc beneficium perſonale, cui renuntiari valeat, ſed toti ordini eccleſiaſtico publice indultum, cui privatorum pactio derogare non poteſt.

Opponitur tale argumentum: Appellandi jus eſt publicum, ſed partes inter ſe paciſci poſſunt, ne liceat ſibi ad provocandi beneficium confugere. *l. ult. in fin. C. de temp. app.* Ergo privata conventio derogat juri publico. Reſp. Quod pro regula traditur juri publico privatorum conventione derogari non poſſe, accipiendum eſt de eo jure publico, quod ad ſtatum reipub. principaliter pertinet. At vero iis, quæ publici juris ſunt, & tamen privatorum uſibus deſerviunt, pactis derogari poteſt. *l. 2. §. hoc interdictum. ff. ne quid in loc. publ.*

Secundo repugnat regulæ hoc argumentum: Legibus ſolennibus teſtamentorum & jure publico introductum eſt, ne teſtator amplius quam dodrantem bonorum legatis diſtribuere poſſit, ita ut quadrantem integrum heredi relinquat. *l. 1. ff. ad l. Falc.* Atqui licet teſtator efficere nequeat, ut Falcidia in ſuo teſtamento locum non habeat. *l. quod de bonis. 15. §. 1. ff. ad l. Falc.* tamen heres cum legatariis paciſci poteſt, ne Falcidiam deducat. *l. qui quod. 46. l. poteſt. 71. ff. ad l. Falc.* Reſp. Lex Falcidia non principaliter ob utilitatem publicam, ſed potius in heredis gratiam & favorem lata eſt, ne propter ullum aut minimum lucrum detrectet hereditatem adire: quilibet autem poteſt juri & favori pro ſe introducto renuntiare. *l. pen. C. de pact.*

Tertio opponitur *l. paciſci, 31. ff. de pact.* Ubi dicitur paciſci contra edictum ædilium licere. Si enim venditor pactus eſt, ne teneatur ob vitium venditi animalis, actione redhibitoria, vel quanti minoris, quæ ædilium edicto ſunt introductæ. *l. 1. ff. de ædil. edict.* ſtandum eſt huic pactioni, & non dabitur emtori ad actiones, quas pacto remiſit, regreſſus. *l. quæritur. 14. §. ſi venditor. ff. de ædil. edict.* Reſp. Per hoc pactum non impeditur mens & intentio juris prætorii. Nam ædiles curules voluerunt ſuo edicto definire, ne quis ex venditione morboſi animalis deciperetur. *l. 1. §. cauſa. ff. de ædil. edict.* Itaque cum venditor paciſcitur cum emtore, ne de vitio vel morbo animalis contra eum agatur, huic pacto ſtandum eſt, quoniam emtor hoc caſu non decipitur, dum ſciens & prudens jus ſuum remittit. Scienti enim & volenti non fit injuria neque dolus. Illud bene notandum, quod ſi venditor ſciens aliquod vitium, vel morbum rei venditæ, illud conſulto reticuerit, & convenerit, ne teneatur redhibitoria, non tamen omnino ſtandum eſſe conventioni, ſed dandam eſſe emtori adverſus exceptionem pacti replicatio-

replicationem doli, ne alioqui eveniat, ut contra bonos mores dolo faveatur. *l. quaritur.* 14. §. *ſi venditor. ff. de adil. edict.*

ASSERTIO XLIII.

De crimine capitali, excepto adulterio, tranſigere & paciſci licet: at de crimine non capitali, excepto crimine falſi, tranſigere, turpe & illicitum eſt.

QUatuor hujus theſis membra ſunt: Primum eſt, quod de crimine capitali paciſci liceat. cujus ratio aperta eſt, quia, ut ait Cicero pro Milone, *omnis honeſta ratio eſt expediendæ ſalutis.* quod diſerte comprobat *l.* 1. *de bon. eor. qui ſibi mort.* ubi dicitur, in capitalibus criminibus non nocere ei, qui adverſarium corrupit: ignoſcendum enim eſt ei, qui ſanguinem ſuum qualitercunque redemtum voluit. Eaque aſſertio tam reſpectu accuſatoris, quam rei, vera eſt. Nam licet alias qui deſiſtit paciſcendo ab accuſatione, incidat in pœnam SC. Turpiliani. *l.* 1 § *ſi quis autem.* & *l. in SCtum.* 15. *in princ. ff. ad SC. Turp.* tamen qui tranſigit de crimine capitali, nulla afficitur pœna, ideo quia permiſſu legis vel principis deſiſtit ab accuſatione. Similiter reſpectu rei hæc tranſactio quoque permiſſa eſt in criminibus capitalibus, quia reus qui tranſigit de crimine capitali, non habetur pro convicto. Nam magis declinandi graviſſimi periculi cauſa, quam conſcientia criminis, tranſegiſſe videtur. *l. ult. ff. de pravar.*

Secundum caput eſt, quod de adulterio (quod non lege Julia, *l. ſi quis viduam. ff. de quaſt.* ſed poſterioribus conſtitutionibus Impp. *l. quamvis.* 30. *C. ad. l. Jul. de adult.* factum eſt capitale) paciſci non liceat. Ratio eſt, quia quorum conſilio factum eſt, ut vir fœminave in adulterio deprehenſi, aliqua pactione ſe redimant, in lenocinii crimen incidunt. *l. miles.* 11. *l. is cujus.* 14. *ff. ad l. Jul. de adult. l. de crimine. C. eod.* cujus graviſſimi facinoris auctor haberi noluit Imp. *Coraſ. lib.* 2. *miſc. c.* 1.

Tertium thema eſt: In crimibus non capitalibus, ſeu quorum pœna mors non eſt, tranſigere non licet. Hujus ſententiæ varia & multiplex eſt ratio. Cujac. & Weſemb. hanc reddunt, quod reus qui de crimine paciſcitur, falſi crimen incurrat. Omnis a reo corruptela falſitas eſt in crimine non capitali. Reus qui corrumpit judicem, falſi tenetur. *l.* 1. *l. qui duobus. ff. ad l. Corn. de falſ.* Similiter qui corrumpit adverſarium, reus eſt falſi: nam hæc junguntur ut paria, corrumpere judicem vel adverſarium. *l.* 1. *C. de pœn. jud. qui male jud. l. impp. ff. de jur. fiſc. Cujac. lib. obſ.* 6. *c.* 11. Accuſator vero, qui vendit ac nundinatur publicum judicium, qui ſe corrumpi & vinci ſinit, tanquam prævaricator punitur, & pro-

pter improbam ab accuſatione ceſſationem infamia notatur. *l.* 8. *ff. de accuſ. l. in SCtum.* §. *idem. ff. ad* SC. *Turp.* Donel. adfert hanc rationem, quod tranſactio in criminibus non capitalibus vetita ſit reſpectu accuſatoris, quia incidit in pœnam SC. Turpiliani, qui tranſigendo deſiſtit ab accuſatione. *d. l. in SCtum. l. ſi quis.* §. 1. *l.* 1. §. *prævaricatorem. ff. eod.* Accurſ. in reo adfert hanc rationem prohibitæ pactionis, quia in fiſcalibus cauſis, vel criminibus non mortalibus, qui tranſigit, vel qui delatorem corrumpit, pro confeſſo & convicto habetur. *l.* 4. *l.* 29. *ff. de jur. fiſc. l. ult. ff. de pravar.*

Quartum eſt membrum, quod licet tranſigere de crimine falſi: quod aperte probat *l.* 7. *C. ad l. Corn. de falſ.* Rationem perſpicue tradit *Cujac. lib. obſ.* 19. *c pen. & lib.* 20. *c.* 18. & 19. ubi dicit Græcos & Latinos interpretes omnes ita uno ore ſtatuere.

Objicitur *l.* 7. §. *ſi paciſcar. & l. ſi unus.* §. *pacta. ff. de pact.* ubi ſcriptum eſt, ſi de re familiari agatur, paciſci licere; ſi de re publica, non licere. itaque ne experiamur unde vi, aut de incenſis ædibus, paciſci non licet. Atqui in accuſatione publica agitur de cauſa publica, quia pertinet ad criminis vindictam, in quo vindicando publica utilitas vertitur. *l. locatio.* §. *quod illicite. ff. de public. l. ita vulneratus. ff. ad leg. Aquil.* Reſp. Qui tranſigit de crimine, ſeu qui convenit, ne accuſet, non de re publica, ſed privata & ſua paciſcitur, quia paciſcitur ſe non accuſaturum, quod privatum ejus factum eſt, non publicum. Neque pertinet hoc pactum ad publicam læſionem; nam obſtat paciſcenti tantum, ne poſtea ad accuſandum iterum admittatur. Cauſa autem publica, id eſt, accuſatio & executio criminis, cuivis ex populo integra relinquitur, poteſtque judex nihilominus de eodem crimine inquirere, & ſuper eo procedere, illudque punire, quamvis partes tranſegerint. *l. libellorum. in fin. ff. de accuſ.*

Secunda objectio: Tranſactio de crimine adulterii permiſſa videtur ex *l. ſi maritus.* 15. §. *ſi negaverit. ff. ad l. Jul. de adult.* ubi dicitur, ſi maritus negaverit ſe adulterii accuſaturum, poſtea non admittitur. Reſp. Ibi nulla eſt tranſactio de crimine adulterii, quia nulla adhuc cœperat eſſe lis, ſed ultro tantum & gratis renunciatum eſt accuſationi adulterii. *l. mariti.* §. *plectitur. ff. eod.* Vel reſpondend. Quod aliud eſt injuriam gratis remittere, aliud paciſci de crimine. Pactum fit, ſi & is qui ſtuprum intulit, & is qui ſcit ſtuprum eſſe in uxorem commiſſum, conſentiant. At gratis quis remittit injuriam apud ſeipſum, ſi injuriam quam paſſus eſt, ad animum non revocaverit. Gratis ergo, quis injuriam quam accepit de adulterio remittere poteſt; at de adulterio non poteſt paciſci. *l. mariti.* 29. §. *plectitur. ff. ad l. Jul. de adult.*

Tertia oppoſitio: Tranſactio inita de crimine capitali nullum habet effectum, quia reus poteſt ab alio iterum de eodem crimine accuſari. *l. qui catu.* §. *fin. ff. ad. l. Jul. de vi publ.* ubi dicitur, ſi

filia

filia alicujus rapta ſit, etiamſi pater injuriam remiſerit, tamen extraneus nihilominus reum de crimine raptus poſtulare poteſt. Item magiſtratus poteſt ex officio de crimine, de quo tranſactum eſt, inquirere, & illud punire. *not. Weſemb. in parat. de pact. num.* 6. ubi dicit moribus hoc ita obtinere. In eandem ſententiam reſpondet *Bart. in l.*

§1. §. *uſque. ff. de injuriis*. ubi dicit, ſi pax fiat de cæde vel vulnere, per hoc tollitur actio quæ competit vulnerato; ſed non accuſatio, quæ ad vindictam publicam intentatur. Reſp. Tranſactio facta in crimine capitali duos habet effectus: primo quoad tranſigentem prodeſt, quia is repellitur ab accuſatione. nam quantum in ſe eſt, prodidit cauſam publicam. Ille itaque privatam injuriam, ſeu damnum, quod accepit ex crimine, non poteſt iterum publico ſeu privato judicio repetere, vel vindicare. *d. l. in SCtum. §. idem. ff. ad SC. Turpil.* Secundus effectus eſt, quod qui de novo volunt reum de eodem crimine accuſare, cum quo tranſactum eſt, non poſſunt ſuper proceſſu ante inſtituto litem proſequi: ratione ergo illius inſtantiæ ſeu proceſſus tranſactio præjudicat omnibus, quia impedit proceſſum judicis, & obſtat, quo minus probationes in priori judicio productæ iterum repetantur. arg. *l. fratris. C. de tranſact. Bart. in l. tranſigere. C. de tranſact. num.*8. Pulchre *Gomez. in var. reſol. cap de homicid. num.* 55. Diſſentit plane a prædictis *Hotom. in illuſt. quaſt. quaſt.* 21. qui invertit lectionem receptam in *d. l. tranſigere.* & ſtatuit in capitalibus criminibus tranſigere vel paciſci non licere; e contra in criminibus non capitalibus tranſigere vel paciſci permiſſum eſſe. Quæ audacia leges Imperatorias emendandi omnino eſt repudianda, utpote cui omnium codicum auctoritas & fides repugnet. Præterea doctores juris non debent eſſe novarum legum conditores, ſed interpretes tantum, uti recte Hotom. hoc nomine reprehendit *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. c.* 8.

ASSERTIO XLIV.

Sicut de adulterio non licet tranſigere, ita nec de raptu.

QUod de raptu non liceat tranſigere, probatur ex *l. unic. §. ult. C. de rapt. virg.* Ubi lex parentes deportari jubet, ſi dolorem ſuum remiſerint, & patientiam præbuerint ſuper raptu filiæ. Adde quod crimen raptus conjunctam habet cauſam cum adulterio & ſtupro, de quibus paciſci non licet.

Objicitur *l. penult. C. in quib. cauſ. ſerv. pro pram. libert. accip.* ubi proponitur de raptu fuiſſe tranſactum. Reſp. In *d. l. penult.* hoc ſolum nude traditur, raptum diſſimulatione fuiſſe præteritum, aut pactione tranſmiſſum; ſed non deciditur in illa *l.* an tranſactio licita & valida fuerit. ſed ad alias leges recurrere debemus, maxime

ad *d. l. unic. C. de rapt. virg.* ex qua conſtat tranſactionem illam non valere.

Secundo obſtat *l. qui cœtu. 5. §. fin. ff. ad l. Jul. de vi publ.* ubi dicitur, quod pater raptus crimen remiſerit. Reſp. In iſta *l.* hoc ſolum quæritur, an patre injuriam raptus remittente, extraneus nihilominus accuſare poſſit; & deciditur, poſſe. Ex quo tamen non ſequitur id impune patri licere. De ſtupro quoque nec tranſigere quis poteſt. Ratio eſt, quia pro comperto ſtupro pecuniam accipere non licet. *l. auxilium. in fin. ff. de minor.* ergo nec tranſigere, hoc eſt, non gratis paciſci licet.

ASSERTIO XLV.

Tranſactio inter alios inita, aliis non nocet.

Generalis regula eſt omnium pactorum & tranſactionum, quod pactis & tranſactionibus jus proprium paciſcentium læditur, jus aliorum non item. *l. item ſi unus. §. ante omnia. ff. de pact. l. debitorum. C. eod.*

Sed pugnare in hoc articulo videntur. *l. 3. in princ. ff. de tranſact.* & *l. controverſia. 14. ff. eod.* In *l. 3.* dicitur tranſactionem factam ſuper teſtamento filii, inter matrem petentem hereditatem ex cauſa inofficioſi teſtamenti, & ſcriptum heredem, non præjudicare legatariis, ſed poſſe eos nihilominus convenire ſcriptum heredem. In *d. l. controverſia.* ſtatuitur inita tranſactione inter ſcriptum heredem & legitimum venientem ab inteſtato, utrunque poſſe pro parte hereditatis in tranſactione expreſſa, utilibus actionibus conveniri a creditoribus. Reſp. Tranſactio inita inter ſcriptum heredem & legitimum non nocet legatariis; illi namque heredem teſtamento ſcriptum convenient, non legitimum. In *d. l. controverſia.* agitur de creditoribus, quibus dantur utiles actiones tam contra ſcriptum, quam legitimum heredem. Ratio differentiæ eſt, quia legata ex teſtamento debentur, & ideo legatarii ſcriptum heredem conveniunt: teſtamentum enim tranſactione ſuper querela inofficioſi teſtamenti, non eſt ruptum. *l. ſi ſuſpecta. 29. §. quamvis. ff. de inoff. teſt.* At debita a defuncto contracta a quibuſlibet heredibus debentur, ideoque creditores, quia incertum ipſis eſt, utrum ſcriptus an legitimus ſit heres, cum utroque agere poſſunt.

Secundo adverſatur *l. ult. ff. de tranſact.* ubi tranſactio inita inter venditorem hereditatis & debitorem, nocet emtori hereditatis. Reſp. Ibi debitor hereditarius qui tranſegit, ignoravit venditam eſſe hereditatem, ideoque ex æquo & bono exceptio tranſactionis debitori accommodatur, qua emtorem hereditatis petentem ab eo debitum repellet. Quod ſi ſciviſſet venditam eſſe hereditatem, & nihilominus cum venditore hereditatis tranſegiſſet, non daretur

ei

Digitized by Google

ei tranſactionis exceptio contra emtorem. Cæterum ut recte notat *Accurſ. in d. l. ult.* emtori actio ex empto contra venditorem hereditatis dabitur, qua id quod a debitore accepturus fuiſſet, conſequetur.

ASSERTIO XLVI.

Tranſactio ſuper re certa vel judicata fieri non poteſt.

Omnis tranſactio fit ſuper re dubia, lite incerta & nondum finita. *l. 1. ff. de tranſact. l. in ſumma. 65. §. 1. ff. de condict. indeb.* Si vero deciſa eſt lis, & per ſententiam finita, jam quia cauſa amplius non eſt dubia, tranſactio eſt inutilis. Itaque ſuper re judicata tranſactio facta, nullius eſt momenti. *l. & poſt. ff. de tranſact.*

Objicitur, quod ſuper re judicata paciſci poſſumus. *l. 7. §. ſi paciſcar. ff. de pact.* Reſp. Pacta ſuper re judicata admittuntur, ſed non tranſactiones: quia pacta fiunt ſuper rebus certis, quas donandi cauſa quis remittere poteſt; tranſactiones vero ſuper rebus dubiis & litigioſis conficiuntur.

Secundo objicitur *l. tranſacta. 229. ff. de V. S.* ubi dicitur, tranſacta finitave intelligere debemus, non ſolum illa, de quibus controverſia fuit, ſed etiam quæ ſine controverſia ſunt poſſeſſa. Reſp. Ibi verbum *tranſacta* ad illa de quibus controverſia fuit, referendum eſt: verbum *finita* ad illa quæ ſine controverſia ſunt poſſeſſa, finita ſcilicet pacto, vel longi temporis præſcriptione, quemadmodum colligitur ex *l. 1. §. ult. ff. ad SC. Tertull.*

Tertio adverſatur *l. ſi de certa. C. de tranſact.* ubi tranſactio de re certa fieri dicitur. Reſp. Non ibi res certa dicitur, de qua nulla dubitatio eſt, ſed certa res appellatur, una aliqua ſpecies vel quantitas, quæ vel dubia fuit, vel litigioſa: de illa recte tranſigitur.

Quarto obſtat *l. ſi cauſa cognita. C. de tranſact.* ubi poſt rem judicatam admitti videtur tranſactio, dummodo interpoſita Aquiliana ſtipulatione, & acceptilatione conficiatur. Reſp. Verba iſtius ſtipulationis, quæ habent, *Si non Aquiliana ſtipulatione, & ſequenti acceptilatione actionem peremiſti, rebus judicatis præſes effectum adhibebit*, ita accipienda ſunt, quaſi dicat Imp. quia acceptilatione non peremiſti actionem, ideo rebus judicatis ſtandum eſt. ut hic ſit ſenſus legis: Quia non eſt ſublata priſtina actio, tranſactione per acceptilationem interpoſita poſt rem judicatam, ideo tranſactio irrita eſt, & res judicata ad effectum perducenda: ut ſic particula *ſi* pro *quia* accipiatur. Ita multis contra *Gloſ.* probat *Donel. in d. l. ſi cauſa.* Sic enim alibi conjunctio *ſi* pro *quia* in jure accipitur. ſic in *l. 1. §. pen. ff. de V. O.* legitur: *Si tot ſunt ſtipulationes, quot corpora, duæ quodammodo ſunt ſtipulationes.* Quod perinde intelligendum eſt, ac ſi dixiſſet JCtus, *quia* tot ſunt

ſtipulationes, quot corpora, duæ quodammodo ſunt ſtipulationes.

ASSERTIO XLVII.

Tranſactio de alimentis facta, neque ad veſtiarium, neque ad habitationem pertinet.

HÆc deciſio expreſſe traditur ab Ulpiano in *l. cum hi.* §. *qui tranſigit. ff. de tranſact.* Ubi ſtatuitur, quod tranſactio ſimpliciter & generaliter de alimentis facta, non porrigitur, neque ad habitationem, neque ad veſtes. Quod eſt ſingulare & mente tenendum.

Sed objicitur huic ſententiæ *l. legatis. & l. ult. ff. de aliment. legat.* ubi dicitur, quod alimentorum appellatione non ſolum victus, ſed etiam veſtitus & habitatio contineatur. Reſp. Hoc procedit favore alimentorum, ut ſcilicet cum alimenta legantur, tunc largius ea præſtentur, ac ſimul veſtes & habitatio debeantur. Verum cum tranſigitur de alimentis, tunc quia agitur de finiendis & remittendis per alienationem alimentis, ſtrictius ea accipiuntur, ita ut de cibariis tantum, & non de veſtibus & habitatione tranſactum intelligatur. Ideoque D. Marcus conſtituit, ut expreſſe & ſpecialiter de habitatione & veſtibus quoque tranſigatur: alioqui generali tranſactione alimentorum iſta non veniunt. Ita notant *Accurſ. Baro & Cujac. in d.* §. *qui tranſigit.* Pro hac ſententia decidit *Menoc. lib. 2. arbit. jud. cent. 2. quæſt.* 70. ubi tradit in odioſis ſeu alimentario præjudicialibus, appellatione alimentorum non venire nec habitationem, nec veſtiarium, per *d. l. cum hi.* §. *qui tranſigit.* e contrario autem in favorabilibus, & alimentario utilibus, alimentorum appellatione habitationem & veſtimenta contineri, per *d. l. legatis. ff. de alim. & cibar. legat.*

ASSERTIO XLVIII.

Procuratores & ſyndici tranſigere non poſſunt. Tutores vero & curatores ſine conſenſu magiſtratus tranſigendo res minorum alienare vetantur.

PRius membrum enunciationis expreſſe probatur in *l.* 7. *C. de tranſact.* ubi dicitur tranſactionem litis a procuratore interpoſitam, cui cauſæ actio, non deciſio litis mandata eſt, domino non præjudicare. Idem de ſyndico civitatis, & procuratore fiſci ſtatuendum. *l. nulli. ff. de tranſact.* Poſterius membrum confirmatur ex eo, quod tranſactio eſt ſpecies alienationis. *l.* 4. *C. de præd. & aliis. reb. minor. &c.* Atqui res immobiles minorum ſine decreto magiſtratus

magiſtratus a tutoribus & curatoribus alienari non poſſunt. *d. tit. C.*

Sed obſtat graviter *l. præſes.* 12. *C. de tranſact.* ubi dicitur, adminiſtratorem civitatis poſſe de dubia lite civitatis efficaciter tranſigere. Reſp. Adminiſtratores civitatis non poſſunt de bonis civitatis tranſigere, quando nomine tranſactionis aliquid ab eis eſt dandum, arg. *l. 1. ff. de off. proc. Cæſ.* Aliud vero dicendum eſt, ſi tranſactionis cauſa aliquid recipiendum eſt ab eis. Ita *d. l. præſes.* intelligendam eſſe notat *Jaſ. ad d. l. nulli.* approbat. *Weſemb. in paratit. ff. de tranſact.*

Secundo obſtat *l. 5. C. de uſur.* ubi tacito pacto adminiſtratoris reipub. dum per aliquot annos recipit minores uſuras promiſſis majoribus, incommodatur reipub. Reſp. Ibi non fuit aliquid pacto remiſſum, ſed adminiſtratoris negligentia currit contra civitatem præſcriptio, quia longo tempore minores uſuræ ſunt præſtitæ adminiſtratori. Per diuturnam enim præſtationem minorum uſurarum præſcribitur majoribus uſuris. *l. qui ſemiſſes.* 13. *ff. de uſur.*

Tertio obſtat *l. ſi pignore.* 54. §. *ult. & l. interdum.* 56. §. *qui tutelam. ff. de furt.* ubi dicitur tutorem tranſigere poſſe de furto in bonis pupilli commiſſo. Reſp. Ibi debitum non fuit liquidum, quo caſu tutor poteſt tranſigere. Adde, quod eo caſu nihil diminuitur de bonis pupilli: qui enim occaſione acquirendi non utitur, nihil alienare cenſetur. *l. alienationis.* 28. *ff. de V. S.*

Poſtremo obſtat *l. ſi plures.* 8. *ff. de pact.* ubi tutor poteſt cum debitore pupilli paupere tranſigere, & illi aliquid de debito remittere. Reſp. Regulariter tutor non poteſt debitum pupilli tranſigendo remittere. *l. pactum.* 22. *ff. de pact. l. tutoris.* 15. *ff. eod.* verum cum debitore paupere poteſt decidere, quia hoc fit ex neceſſitate. *Coſtal. ad d. l. ſi plures.* Vide latius pro intellectu hujus quæſtionis *Anton. Fabrum in rationalib. ſuis ad pandectas ad d. l. nulli. ff. de tranſact. & ibid. Coſtalium.*

ASSERTIO XLIX.

Major annis XVII. *poteſt eſſe procurator ad lites, contra communem DD. opinionem.*

NAtus annos XVII. poteſt eſſe procurator: ſufficit enim ad hoc munus exercendum plena pubertas. §. *juſta. inſt. quib ex cauſ. manum. &c.* Et hæc doctrina procedit tam in procuratore dato ad judicia & lites, quam ad negotia extrajudicialia. Nec obſtat *l. exigendi. C. de proc.* ex qua Olden. & Weſemb. ſtatuunt in procuratore requiri ætatem XXV. annorum; nam illa lex loquitur de defenſore, non de procuratore. Minor annis XXV. defenſor non eſt idoneus, quia oportet illum ſatiſdare judicatum ſolvi. Quo caſu quia

quia obligatur & ſpondet pro alio, imo quia in eum condemnatum fit executio, facile lædi poteſt: ac proinde quia ex hac cauſa in integrum reſtitui poteſt, defenſor non eſt idoneus. *l. minor.* 51. *ff. de procurat.* Diverſa ratio eſt in procuratore: cum enim hic mandato præcedente cauſam domini agat, imputare debet ſibi dominus, qui rem procuratori minorenni commiſit, nec poterit dominus ex geſtu & adminiſtratione minoris in integrum reſtitui. *l. cum mandato.* 23. *ff. de minor.* Minor itaque XXV. annis poteſt eſſe procurator, ſed non defenſor. Ita rectius mihi ſentire videtur *Cujac. ad tit. de diverſ. præſcr. c.* 29. *& lib. obſ.* 22. *c.* 16. quam *Weſemb. in parat. de procur.* Approbat hanc ſententiam. *Specu. tit. de procur.* §. 1. *num.* 8. Diſſentiunt communiter DD. teſtante Jaſone ad *l. exigendi. C. de procur.* Quam ſententiam amplectuntur *Duaren. ad tit. de procur. Sneidew. & Mynſ. ad d. §. juſtæ. Capra in commun. opinion. DD.* ubi tradit hanc eſſe communem DD. ſententiam, quod minor XXV. annis procurator in judicio eſſe non poteſt. Et hæc communis opinio juris canonici auctoritate fundatur. *c.* 5. *de procur. in* 6. Ubi Bonifacius octavus Pontifex in hæc verba ſcribit: *Licet autem quis poſt decimum ſeptimum annum procurator ad negotia licite deputetur: ad judicia tamen, niſi major* XXV. *annis fuerit, deputari non debebit.*

ASSERTIO L.

In capitalibus judiciis procurator ad accuſandum aut defendendum intervenire non poteſt, niſi in caſu ubi abſens damnari poteſt, aut ad allegandas cauſas abſentiæ.

IN criminalibus ex parte actoris fruſtra intervenit procurator ad crimen perſequendum. *l. pen.* §. *ult. ff. de pub. jud. l.* 3. *C. de iis qui accuſ. non poſſ.* arg. *l. ult. C. de injur.* ubi permittitur illuſtribus tantum perſonis in cauſa injuriarum ad accuſandum procuratores dare; itaque in cæteris lex vetat. *l. cum prætor. ff. de judic.* Ratio redditur ex parte actoris, quia in criminalibus cauſis actores non agunt ſuum negotium, ſed publicam utilitatem exequuntur, ut coërceantur delicta, quæ publice intereſt non manere impunita. *l. ita vulneratus. ff. Ad. l. Aquil.* Cum autem accuſatoris privatim nihil intereſt, ſed agit ut quis de populo, procuratorem dare non poteſt, *l. mutus.* 43. §. 2. *ff. de procur.*

Objicitur quod actio injuriarum vindictam criminis perſequatur, & tamen licet in ea procuratorem dare. *l. prætor.* §. 1. *ff. de injur. l. licet.* 42. §. 1. *ff. de procur.* Reſp. Hæc actio principaliter perſequitur pœnam pecuniariam, quam actor petit ſibi dari. §. *pœna.* §. *pen.*

pen. inſt. de injur. Ideoque actio injuriarum recte per procuratorem intentatur, quando civiliter exercetur, non cum criminaliter ad pœnam corporalem, vel pecuniariam fiſco applicandam intenditur.

In criminalibus pro reo procurator intervenire non poteſt. *d. l. pen.* §. *ult.* Ratio eſt, quia non oportet judicia reddi eluſoria. *l. ſi prætor. ff. de judic.* quod fieret, ſi liceret reo abeſſe, & procuratorem dare: nam ſi reus ſentiret duriorem ſententiam in ſe conſtitutum iri, abſentaret ſe, & procuratorem conſtitueret.

Opponitur *l. ſervum.* 33. §. *publice. ff. de procurat.* Ubi dicitur, defenſionem abſentis etiam in publicis judiciis admitti. Reſp. Ulp. loquitur de ea defenſione, quod procurator dari poſſit in eum finem, ne ſtatim damnetur reus, non ut abſolvatur, ſed ut ſententia judicis differatur, donec reus revertatur, hoc eſt, ad allegandas cauſas abſentiæ, non autem ad principalem cauſam diſcutiendam. *l. inter.* 10. *ff. de pub. jud. l. abſens.* 71. *ff. de procurat.*

Objicitur ſecundo *l.* 4. §. *pen. ff. ad l. Cornel. de ſic.* ex qua colligitur, reum capitalis criminis abſentem etiam in cauſa principali criminis, per procuratorem defendi poſſe. Reſp. Toties poteſt procurator ex parte rei in capitali crimine intervenire, quoties reus abſens damnari poteſt. Tum demum autem abſens damnatur, cum reo præſente lis conteſta eſt. h. e. cum inter eos receptus eſt, qui ſoli poſſunt abſentes damnari. *d. l. inter. l. adulteram.* 13. *C. ad l. Jul. de adult.* Ubi dicitur, cognitione criminis ſuſcepta, hoc eſt, lite conteſtata, poſſe reum abſentem damnari. Itaque ubi rei tempore litis conteſtatæ judicio interſuerunt, & poſtea eos abeſſe contingat, tunc quia poſſunt abſentes damnari, poſſunt etiam pro abſentibus intervenire procuratores ad principalem cauſam defendendam, arg. *l. quamvis indubitati. C. ad l. Jul. de adult.* Verum quia ante litem conteſtatam abſente reo non poteſt ad criminis principalis condemnationem judex pervenire, ſed tantum ad annotationem & obſignationem bonorum rei proceditur, *l. ult. ff. de requirend. vel abſent. dam. l. abſentem. C. de accuſ.* ideo non poteſt procurator intervenire pro reo ad defenſionem criminis ante litem conteſtatam. *Cujac. lib. obſ.* 20. *c.* 11. 20. *&* 21. *Roper. lib.* 2. *rec. ſent. cap.* 3. *Vultej. lib. unic. ſcholaſt. diſcept. c.* XI. Communiter a DD. in hoc articulo ita diſtinguitur: Aut crimen tale eſt, ex quo ſequi poteſt pœna corporalis, ſaltem uſque ad relegationem, & tunc non licet procuratorem dare: ſin autem eſt pœna pecuniaria vel relegationis, dare licet. *l. abſentem. ff. de pœn. l.* 1. *ff. an per alium cauſa app. reddi &c. l. tunc convenit.* 15. *C. de accuſ. l.* 3. *C. ubi ſenator. vel clariſſ. &c.* in verb. *publicum crimen privatumve, cui tamen per procuratorem reſpondere non liceat.* Et hanc ſententiam in praxi ſervari teſtatur *Clarus lib.* 5. §. *fin. q.* 32. §. *hac autem. Menoch. in arbitrar. jud. lib.* 1. *quæſt.* 80. *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. cap.* 25. *&* 26.

ASSER-

Assertio LI.

Procurator totorum bonorum non poteſt res domini vendere, neque tranſigere de rebus domini; ſed procurator datus cum libera poteſtate, poteſt.

HAnc theſin confirmat *l. procurator cui.* 58. cum *l. ſeq. l. mandato.* 60. & *l. procurator. totorum.* 63. *ff. de procurat. l. qua ratione.* 9. §. 4. *ff. de acq. rer. dom. l. reſcriptum.* §. *ult. & ll. ſeqq. ff. de pact.*

Objicitur *l. contra.* 28. §. 1. *ff. de pact. l. ſi conſenſit.* §. *videbimus. ff. quibus. mod. pign. ſolv.* quæ innuunt, procuratores etiam cum libera poteſtate conſtitutos non poſſe tranſigendo jus domini remittere, ſeu res ejus alienare. Reſp. Aut tranſactio fit ſuper dubio & controverſo jure domini, & tunc poteſt procurator cum libera poteſtate, tranſigendo domino nocere. *l. praſes. C. de tranſact. d. l. reſcriptum.* §. *fin. & ll. ſeqq.* Aut tranſactio ſeu pactum fit de cauſa & re certa, & tunc procurator tranſigendo certum domini debitum remittere non poteſt. *d. l. mandato.* Hæc diſtinctio expreſſe comprobatur per *l. præſes. C. de tranſact.* ubi ſtatuitur, quod adminiſtrator civitatis tranſigere non poteſt donationis cauſa, ſeu ambitioſe & gratioſe certum domini debitum remittere, ſed tamen ſuper jure dubio paciſcendo, domino nocere poteſt. Atqui adminiſtratores reipub. dicuntur habere mandatum cum libera adminiſtratione. *l. item magiſtri.* 14. *ff. de pact.* Ergo & procuratoribus cum libera poteſtate idem conceditur.

Secundo huic deciſioni, quod procurator datus cum libera poteſtate, res domini alienare poſſit, (quæ in *d. l. procurator.* 58. & *d. l. qua ratione.* diſerte fundatur,) videntur obſtare *d. l. procurator totorum. & l. procuratorem.* 16. *C. de procurat.* quibus affirmatur, quod ſolus procurator, qui habet ſpeciale mandatum, res domini alienare poteſt. Itaque etiam procuratori cum libera poteſtate res domini alienandi facultas interdicta eſt. Reſp. Prædictæ leges ita accipiendæ ſunt, ut procurator generalis omnium bonorum ſimpliciter conſtitutus, tantum excludatur: nam ille res domini alienare nequit, niſi fructus & alia mobilia, quæ facile corrumpi poſſunt. *d. l.* 63. Procurator vero cum libera poteſtate datus res domini vendere poteſt, modo id faciat animo adminiſtrandi, non donandi vel dilapidandi. *l. creditor.* 60. §. *ult. ff. mand. l. filiusfam.* 7. *ff. de donat. d. l. qua ratione.* Ratio eſt, quia procurator qui habet ſpeciale mandatum, & procurator datus cum libera poteſtate, æquiparantur. *l. ſi quis hac.* 41. §. *ult. ff. de rei vendicat.* Et hæc diſtinctio inter procuratorem omnium bonorum, & procuratorem cum libera poteſtate, communiter a DD. recepta eſt, teſte *Coſtal. in d. l.* 58. eaque comprobatur in

c. qui

c. qui ad agendum. de procur. in 6. licet eam convellere conetur. *Baro in d. l. mandato.* Sic enim ſummus Pont. Bonifacius reſcribit in *d. c. qui ad agendum. Procurator abſque ſpeciali mandato juramentum deferre, tranſigere, vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorum vel cauſæ adminiſtratio libera ſit conceſſa.* Hanc ſententiam, quod procurator omnium bonorum cum libera poteſtate conſtitutus de rebus domini libere tranſigere poſſit, ſic ut dominus tranſactionem ratam habere cogatur, amplectuntur *Alciatus num. 25. & Hotom. ad l. tranſactionis. 7. C. de tranſact. Duaren. ad. c. 1. de tranſact. Cujac. ad. §. 41. inſt. de rer. diviſ. Pacius centur. 2.* ἐναντιοφανῶν. *quæſt.* 47.

ASSERTIO LII.

Procurator ex contractibus geſtis procuratorio nomine tenetur etiam finito officio.

Confirmatur hæc theſis in *l. ſervum Titii.* 49. *verſ. & puto. ff. mand. l. ſi literas. C. eod. l. procurator qui. 67. ff. de procurat.* ubi traditur, quod in procuratorem de contractibus ab eo geſtis fiat executio, etiam finita poteſtate. Sicut enim eſt in arbitrio contrahentis cum procuratore vel magiſtro navis, utrum cum inſtitore vel magiſtro navis, an cum domino ſeu exercitore velit experiri. *l.* 1. §. *eſt autem. ff. de exercit. act.* ita liberum eſt ei qui cum procuratore contraxit, in procuratorem vel dominum agere. Si tamen qui cum procuratore contraxit, contemplatione ſolius domini contractum iniit, ſolus dominus convenitur, non procurator. *l. ſi pupilli.* §. 1. *ff. de negot. geſt.*

Objicitur *l. ult. ff. de inſtitor. act.* ubi inſtitor qui conſtituit ſe ſoluturum nomine domini, finito officio non tenetur. Reſp. Ibi inſtitor non obligaverat ſe pro domino, neque conſtituerat ſe debere, ſed tantum ad probandum inſtitoris officium, quod ſcilicet menſa nummularia ſibi a domino eſſet commiſſa, ſcripſerat certam ſummam ex menſa domini adverſario deberi; ideoque ex tali epiſtola, quam non ad ſe obligandum, ſed fidem menſæ oſtendendam ſcripſit, conveniri non poteſt. *Caſtren. in d. l. ult.* Vel reſpondendum cum *Coſtalio in l. Plautius. ff. de procurat.* quod inſtitor ibi non ex contractu, ſed ex ſimplici confeſſione conveniebatur. Diverſum autem obtinet in tutore quam procuratore: nam tutor de contractibus ab eo nomine tutorio geſtis, finito officio non tenetur. *l. 5. §. 1. ff. quand. ex fact. tut. &c. l. 1. C. eod. l. cum quadam.* 26. *C. de adm. tut.* Ratio diverſitatis eſt, quod tutor invitus ex neceſſitate muneris publici obligatur, procurator vero ſe pro domino voluntarie obligat, ut recte notat *Accurſ. in. d. l. procurator*

curator qui. per *d. l. cum. quadam. l. tutori.* 20. *C. de negot. geſt.* Quod ſi tutor proprio nomine contraxit, tunc finito officio fit etiam contra eum executio. *d. l.* 5. §. 1. *l. tutores.* 39. §. *adverſus. ff. de adm. tut. l. pen. C. ſi tut. vel. curat. interv. l. ſi non ſubſcripſiſti.* 15. *C. de admin. tutor. vel curat. &c.*

ASSERTIO LIII.

Procurator præciſe non cogitur dominum defendere.

ANceps & difficilis a DD. movetur quæſtio, an procurator præciſe cogatur judicium ſuſcipere, & dominum defendere; In qua quæſtione late ſe implicat *Accurſ. in l. ſed & hæ.* 35. §. *ult. ff. de procurat.* Et verior eſt ſententia, quod procurator etiamſi ſatisdedit de judicato ſolvendo, & defendendo, tamen non cogitur diſtricte dominum defendere, ſed ſufficit actori, quod poſſit agere ex ſtipulatione judicatum ſolvi, quæ committitur ad intereſſe ob rem non defenſam. *l. mutus.* 43. §. *ult. cum ll. ſeqq. ff. de procurat.*

Objicitur *l. filiusfam.* 8. §. *ult. ff. de procurat.* Ubi dicitur, quod procurator, pro quo conſentiente & ſciente dominus ſatiſdedit, judicatum ſolvi, cogatur judicium accipere, & dominum defendere, nec liberatur præſtando id quod intereſt domini, litem non eſſe defenſam. Reſp. ſub diſtinctione: Aut ipſe procurator ſatiſdedit de judicato ſolvendo, & defendendo, & tunc non cogitur præciſe dominum defendere; ſed ſatis eſt committi ſtipulationem ob rem non defenſam, ad intereſſe. *l. non cogendum.* 45. *ff. de procurat.* ſufficitque eum teneri domino actione mandati ad intereſſe. §. *mandatum. inſt. mandat.* Aut dominus ſatiſdedit pro procuratore præſente & ſciente, judicatum ſolvi, & tunc diſtricte cogitur procurator defendere. *d. l.* 8. §. *ult. l. ſi defunctus.* 15. *ff. eod.* Ratio eſt, quia cum dominus cavit pro procuratore, tunc merito prætor poteſt compellere procuratorem, ut præciſe defendat & judicium accipiat, ne ſcilicet ſimul actor & dominus, quibus utriſque fidem præſtitit procurator, decipiantur.

Secundo adverſatur *l. ſervum.* 33. §. *ult. & l. ſed & hæ.* 35. §. *ult. ff. de procurat.* ubi dicitur, procuratorem teneri dominum defendere, eumque cogi ad judicium accipiendum. Reſp. Illæ leges de procuratore actoris loquuntur, quod ſcilicet procurator qui alicujus nomine agit, cogitur ejuſdem etiam defenſionem ſuſcipere, ſi procurator actoris a reo reconveniatur, nec liberatur præſtando quanti ea res eſt. Aliud obtinet in procuratore rei, qui non cogitur diſtricte judicium accipere, ſed ſufficit committi ſtipulationem judicatum ſolvi, ob rem non defenſam.

ASSER-

ASSERTIO LIV.

Si dominus factus eſt non ſolvendo, procurator non tenetur eum defendere.

PRocurator qui ſatisdedit judicatum ſolvi pro reo, non eſt cogendus judicium accipere, ſi dominus factus eſt non ſolvendo, vel bona ejus poſſeſſa ſunt a creditoribus. Inopia enim rei principalis ſive domini excuſat procuratorem a defendendo. text. eſt expreſſus in *l. mutus.* 43. §. *ult. ff. de procurat.*

Sed adverſatur graviter *l. Titius.* 76. *ff. eod.* ubi dicitur, quod defenſor qui ſatisdedit judicatum ſolvi, tenetur omnino dominum defendere, etiamſi dominus deſiit eſſe ſolvendo. Reſp ex diſtinctione Bartoli in *d. l. Titius.* Aut quis ſine mandato ſe liti obtulit pro domino abſente, & hic neceſſario obligatur ad defendendum, neque judicium recuſare poteſt, ſive dominus ſit ſolvendo, ſive non. Ratio eſt, quia in defenſorem, qui ſe judicio ſine mandato obtulit, fit executio ſententiæ. *l. Plautius.* 61. *ff. de procurat. l.* 4. *in princ. ff. de re jud.* Præterea defenſor poſtquam ſatiſdedit judicatum ſolvi, cenſetur dominus litis, & omne periculum ad eum pertinet. Ita accipienda eſt *d. l. Titius.* quod ſcilicet loquatur de defenſore, qui ſcilicet ſine mandato intervenit pro reo, quod neceſſario judicium ſuſcipere cogatur. Aut quis cum mandato ſe obtulit alicujus defenſioni, & eo caſu procurator, domino effecto paupere, defenſionem juſte recuſare poteſt, quia in eum non fit executio judicati. *d. l.* 4. Inopia enim domini eſt juſta cauſa non defendendi in procuratore. Ita ſolvunt hanc antinomiam *Bart.* & *Coſtal. ad d. l. Titius.* Ex quo notanda eſt inſignis deciſio, quod ſcilicet regulariter cenſeatur tacite revocari mandatum, ſi dominus vel procurator deſierint eſſe ſolvendo, vel cœperint labi facultatibus. *l. cum quis.* 38. *in princ. l. ſi cum Cornelius.* 82. & ibi *Bart. ff. de ſolut.* text. notab. in *l. liberto.* §. *largius. ff. de ann. legat. Weſemb. ad tit. de procurat. num.* 11.

ASSERTIO LV.

In actionibus famoſis procurator intervenire poteſt.

QUod in judiciis famoſis procurator licite intervenire poſſit, manifeſte ex eo probatur, quod alieno nomine, puta procuratorio, poſſit quis ex cauſa famoſa condemnari. *l. furti.* 6. §. 1. *ff. de his qui not. infam.* Idem oſtendit aperte *Paulus in l. licet.* 42. §. 1. *ff. de procurat.* ubi in actione injuriarum, quæ ex lege Cornelia

 deſcendit,

deſcendit, admittit procuratorem, quod judicium infamat.

Opponitur huic ſententiæ *l. non ſolum.* 39. §. *fin. ff. de procurat.* ubi in accuſatione ſuſpecti tutoris, quæ famoſa nimirum ob dolum eſſe poteſt, JC. putat procuratorem non facile admittendum. Reſp. aut certa pœna in famoſis actionibus vertitur, quæ uſque ad relegationem extendi poteſt, & tunc admittitur procurator. *d. l. licet.* §. 1. *l.* 1. *ff. an per alium cauſ. app. &c.* Sic ſi agatur crimine ſuſpecti tutoris, in hoc tantum, ut tutor a tutela removeatur, & infamia notetur, procurator recipitur. Aut pœna arbitraria eſt, ut ſuſpecti crimen intentatur, ut tutor puniatur corporaliter: quod fieri poteſt, ſi improbe graſſetur in bonis pupilli, eaque fraudulenter diminuat. *l.* 1. §. *ult.* & *l. ſeq. ff. de ſuſpect. tut. l.* 1. §. *ſolent. ff. de off. præf. urb.* & tunc procurator repudiatur. *Weſemb. ad. tit. de procurat. in parat. num.* 5. *Bart. ad l. pen.* §. *ult. ff. de publ. jud.* Similiter ſi agatur actione injuriarum pro atroci injuria, ex qua etiam pœna corporalis infligi poteſt. *l. ult. ff. de injur.* non poteſt intervenire procurator, ne judicia reddantur eluſoria, & maleficia maneant impunita, arg. *l. ult. C. de injur.* ubi in actione injuriarum criminaliter mota, ex ſpeciali privilegio conceditur illuſtribus perſonis, ut per procuratorem poſſint litigare, ergo aliis hoc eſt interdictum.

Secundo repugnat, quod judicia famoſa capitalibus æquiparantur, *l. juſta. ubi gloſ. ff. de manum. vindict.* Atqui in capitalibus cauſis non admittuntur procuratores, ergo nec in famoſis. Reſp. Hoc quod dicitur cauſam famæ comparari judicio capitali, non ſimpliciter verum eſt, ſed ſecundum quid, puta in delatione juramenti purgationis, item in reſtitutione in integrum, propter metum, tam vitæ, quam famæ alicujus illatum, concedenda. *l. iſti quidem.* 8. *ff. quod met. cauſ. Weſemb. d. loco.*

ASSERTIO LVI.

Qui propria auctoritate, & ſine judice ſibi jus dicit, vel per vim, quod ſuum eſt, vel ſibi debetur, aufert, jus ſuum amittit.

PRobatur hæc concluſio in *l. extat. ff. quod met. cauſ. l. pen.* & *ult. ff. ad. l. Jul. de vi privat. l. ſi quis in tantam. C. unde vi.* Ratio hujus deciſionis eſt, quia non eſt ſingulis permittendum, quod per magiſtratum publice fieri debet. *l. non eſt ſingulis.* 176. *ff. de R. J.* Ideo enim judiciorum vigor, juriſque publici tutela in medio poſita eſt, ne quilibet privatus ſibi ipſi permittere valeat ultionem. *l. nullus.* 14. *C. de Judæis.*

Objicitur primo huic aſſertioni *l. quemadmodum.* 29. §. 1. *ff.* *ad l.*

Digitized by Google

ad l. Aquil. ubi permittitur domino propria auctoritate, etiam judice non adito, quod in ſuo ædificatum eſt, tollere vel deſtruere. Reſp. quod dicitur, non licere ſuum ſine judice ab alio auferre, intelligendum eſt de eo, qui non poſſidet; alioqui ſi quis rem poſſideret, & in ea aliquid fieret, poſſet propria auctoritate, quod in ſuo poſitum vel ædificatum eſt, deſtruere, aut rem occupare. *l. ſi in area.* 33. *ff. de condict. indebiti. Coſtal. ad d. l. extat.*

Secundo objicitur *l.* 1. *in princ. ff. quod legat.* ubi legatarius qui propria auctoritate ſine voluntate heredis legatum occupavit, tenetur quidem interdicto, *quod legatorum*, ut heredi poſſeſſionem rei legatæ reddat, quo is Falcidiam detrahat, ſed tamen legatum non amittit. Reſp. Ideo non amittit legatum, quia id occupavit, antequam poſſeſſio legati per heredem eſſet apprehenſa. Quamdiu enim heres non apprehendit rerum hereditariarum poſſeſſionem, cenſetur adhuc poſſeſſio vacare, & apud nullum exiſtere. *l. cum heredes.* 23. *ff. de acq. poſſ. l.* 1. §. *Scævola. ff. ſi quis teſt. liber eſſe. &c.* Unde ſi legatarius poſt aditam hereditatem, & apprehenſam poſſeſſionem rei legatæ, legatum occupet, aut ſubtrahat heredi, legatum amittit. *l. non eſt dubium. & ibi Gl. C. de legat. Gomez tom* 1. *var. reſol. c.* 12. *de legat. num.* 10.

Tertio adverſatur *l. qui vas.* 48. *in princ. ff. de furt.* ubi dominus impune rem furtivam furi aufert Reſp. cum Cujacio, quod hoc non intelligendum eſt de violenta ablatione, ſed quod ibi legitime & per auctoritatem judicis dominus rem abſtulit furi.

Quarto refragatur *l. ait prætor.* 10. §. *ſi debitorem. ff. quæ in fraud. cred.* ubi dicitur, quod creditor poteſt propria auctoritate detinere debitorem fugientem, & pecuniam ſecum ferentem ab eo auferre. Reſp. Hoc caſu excuſatur qualisqualis vis creditoris, eo quod fugiente debitore periculum eſt in mora. Nam priuſquam creditor poſſet adire magiſtratum, procul dubio fuga evaſiſſet debitor. Eleganter *Cujac. lib. obſ.* 16. *cap.* 19.

Quinto opponitur *l.* 3. *C. de pign.* ubi dicitur, quod creditores qui propria auctoritate pignus occupant, vim non faciunt. Reſp. Sub diſtinct. Aut creditores propria auctoritate ingrediuntur poſſeſſionem pignoris volente debitore, & non reſiſtente tempore ingreſſionis, & tunc vim non faciunt. Aut repugnante debitore tempore invaſionis, eoque expulſo ingrediuntur poſſeſſionem, & tunc vim faciunt. *l. in poſſeſſionem. C. ad l. Jul. de vi.* Non obſtat, quod liceat creditori propria auctoritate, ſeu per vim pignus occupare, quia hæc conventio tanquam bonis moribus contraria non eſt ſervanda. *l.* 3. *ff. quod met. cauſ. l. nihil conſenſui.* 116. *ff. de R. J. l.* 5. *ff. de pact. dotal.* Ita reſpondet celeberrimus JCtus *Donel. ad l.* 3. *C. de pignor.*

Poſtremo putat Accurſ. licere creditori ſine judice pignus occupare ex pacto, idque omnes interpretes ſequuntur per *l. pen. C. de*

pign. act. Quod erroneum eſt, ut traditur in *l.* 3. *C. de pign.* ubi dicitur, quod quamvis inter debitorem & creditorem convenit, ut liceat creditori propria auctoritate poſſeſſionem pignoris ingredi, tamen cum auctoritate magiſtratus id facere debet. Nec facit pro Accurſ. *d. l. penul.* nam ea accipienda eſt de conventione, qua creditori poſſidenti pignus, conceſſa eſt a debitore facultas vendendi: quod pactum facit, ut debito ſoluto neceſſe non ſit debitori pignus reſtituere, ſed ut creditor poſſit pignus auferre, id eſt, alienare.

ASSERTIO LVII.

Si dolus dat cauſam contractui bonæ fidei, contractus eſt ipſo jure nullus. In ſtricti autem juris contractibus, ſive dolus dat cauſam, ſive incidit, contractus ipſo jure ſubſiſtit, ſed doli actione vel exceptione vindicatur.

IN bonæ fidei contractibus, quoties dolus dat cauſam contractui, hoc eſt, ſi doloſo conſilio ad contrahendum quis inducitur, qui alias non erat contracturus, non habet locum actio doli ad reſcindendum contractum, ſed contractus ipſo jure nullus eſt. *l. & eleganter. in princ. ff. de dolo.* in verb. *nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo ut venderet, circumſcriptus eſt. l.* 3. *ff. pro ſoc. l. in cauſa.* 16. §. 1. *ff. de min.* Ratio eſt, quia talis contractus cum fundamento careat, ſcilicet bona fide, ſubſiſtere non poteſt: nihil enim tam contrarium eſt bonæ fidei, quam dolus. *d. l.* 3. In ſtricti juris contractibus, ſive dolus det cauſam, ſive incidat in contractum, contractus ipſo jure ſubſiſtit, ſed actione vel exceptione doli opus eſt ad dolum vindicandum. *l. dolo. C. de inut. ſtip. l.* 22. & 36. *de V. O. d. l. & eleganter.* §. *non ſolum.* Et hæc ſententia, quod venditio, ſeu alius contractus bonæ fidei, cui dolus cauſam dedit, ipſo jure nullus ſit & irritus, judicando comprobata eſt in ſuprema curia Mechlinienſi anno 1594. prima die Februarii in lite pendente inter Idam Enchuſanam, & mercatorem quendam Spintium dictum. Ita pronuntiatum extat in deciſionib. ſupremi Senatus Holland. & Weſtfriſ. deciſ. 6.

Pugnat autem primo graviter cum hac theſi *l. ſi dolo. C. de reſc. vend.* ubi venditio dolo extorta reſcindi dicitur. ergo contractus ipſo jure ſubſiſtebat, quia quod nullum eſt, reſciſſione non eget. *l.* 1. *l. nam etſi.* 5. *ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt.* Reſp. cum *Cujac. ad d. l. & eleganter.* quod contractus bonæ fidei, cui dolus dedit cauſam, non reſcindatur actione doli, ſed declaretur tantum nullus officio judicis, & revocentur data & tradita per condictionem ſine

cauſa,

cauſa, ſeu rei vindicationem. *l. cum ab eo.* 41. §. *ult. ff. de contr. empt.* Ex nullo enim & inutili contractu dominium non transfertur, licet tranſeat poſſeſſio. *l.* 1. §. *ſi vir. ff. de acq. poſſ.*

Secundo obſtat *l.* 1. *ſi res æſtimata.* 12. §. 1. *ff. de jur. dot.* ubi mulier, quæ fuit circumventa, ut ſervum doti daret, agit actione de dote ſervi nomine, ubi competit actio ex ipſo contractu dotis dolo inito: ergo contractus valet. Reſp. Mulier non fuit principaliter dolo inducta ut dotem daret, quia tunc contractus ipſo jure nullus fuiſſet; ſed fuit decepta in traditione, quam dotis cauſa fecit, ſeu in pretio ſervi in dotem dati, qui minoris æſtimatus eſt, quam valebat.

Tertio objicitur, quod contractus metu initus, non eſt ipſo jure nullus, ſed per actionem quod metus cauſa reſcinditur. *l.* 3. 4. 5. *quod met. cauſ.* Ergo & contractus, quibus dolus cauſam dedit, non ſunt ipſo jure nulli, quia in metu dolus ineſt. *l. item ſi cum.* 14. §. *eum qui. ff. quod met. cauſ.* Reſp. in metu dolus ineſt: aliud tamen eſt metus, aliud dolus. Metu cogimur. *l.* 2 *ff. quod. met. cauſ.* dolo vero decipimur. *l.* 1. *ff. de dolo.* Præterea metus propalam infertur, dolus vero per inſidias, Denique quod metu contractum eſt, id habet utrinque conſenſum, quia coacta voluntas etiam voluntas eſt. *l ſi metus.* 85. *ff. de acquir. hered. l. ſi mulier.* §. *pen. ff. quod met. cauſ.* At in dolo non ineſt conſenſus, quia aliud agitur, aliud ſimulatur. *l.* 1. *ff. de dolo.*

Poſtremo notandum, quod ſi incidat dolus in contractum bonæ fidei, tunc actione ex ipſo contractu, vel exceptione doli, quæ judiciis bonæ fidei ineſt, dolus purgatur, ut puta ſi dolo fiat, ut res pluris ematur, vel minoris vendatur; tunc perſtabit contractus, ſed agetur ex emto vel vendito, quanti pluris vel minoris res vendita vel emta fuiſſet, ſi dolus non interveniſſet. *d. l. & eleganter.* §. *non ſolum. l. ſi quis.* 9. *ff. de dolo. l. Julianus.* §. *ſi venditor,* & *ſeq. ff. de act. empt. Baro ad tit de ſociet.*

Quarto objicitur *l. ex emto.* 11. §. *ſi quis virginem. ff. de act. empt.* ubi dicitur, ſi quis virginem emere volenti, mulierem dolo vendidit, quam non emiſſet; ſi ſciviſſet eſſe corruptam, quod detur actio ex emto, ut reſoluto contractu pretium reddatur reſtituta muliere. Unde videtur, contractum venditionis cui dolus cauſam dedit, valere. alioqui non daretur actio ex emto. Reſp. Quod venditor dolo non induxit emtorem ad emendum, ſed emtor putavit errore ſe emiſſe virginem, & venditor in eo errore paſſus eſt eum hærere, non autem affirmavit eam eſſe virginem. Dolus ergo hic non vindicatur, ſed error corrigitur reſoluta emtione.

Assertio LVIII.

Actio doli non habet locum, ubi alia ſupereſt.

PRætor ita demum dat actionem de dolo, ſi alia actio non competit, hoc eſt, ſi nullum aliud rei ſuæ conſervandæ, aut recuperandæ, remedium ſupereſt. *l.* 1. §. *verba. ff. de dol. mal. l.* 2. *C. eod.* Eſt enim hæc actio ſubſidiaria, quæ ita demum datur, ſi aliæ omnes actiones deficiant. *l. & eleganter. in pr. ff. d. t.* Ratio ſubjungitur in *d. l.* 1. quia non temere debuit a Prætore tam famoſa actio decerni.

Objicitur primo *l. item ſi cum.* 14. §. *eum qui. ff. quod met. cauſ.* ubi dicitur actionem quod metus cauſa, concurrere cum actione de dolo. Reſp. Quod is qui metum intulit, poſſit quidem etiam actione de dolo conveniri, ſed tamen humanius facturus eſt prætor, ſi actionem de dolo non decernat, ubi alia competit, quæ non eſt famoſa. *l. Divus. ff. de in int. reſt. Baro ad d.* §. *eum qui.*

Secundo vehementer eſt in hac quæſtione pugna inter *l. arbitrio.* §. *ſi dominus. ff. de dolo.* & *l. repeti.* §. *ult. ff. quib. mod. uſusfr. amit.* In §. *ſi dominus.* aſſeritur, quod quando dominus proprietatis domum, cujus uſusfructus alteri legatus eſt, demolitus eſt, vel incendit, non competat actio de dolo, quia dantur aliæ actiones, ſcilicet actio legis Aquiliæ, vel ad exhibendum, ſi poſſidens proprietarius exuſſit. Sed in *d. l. repeti.* §. *ult.* dicitur, ſi in area, cujus uſusfructus legatus eſt, dominus poſuit ædificium, quod detur actio doli. Reſp. Diverſa ſunt hæc, cum dominus proprietatis exuſſit ædes fructuarias, & cum ædificium in area fructuaria poſuit. Ædibus exuſtis competit fructuario actio l. Aquiliæ. *l. ſed & ſi.* 12. *ff. ad l. Aquil.* Sed poſito in area ædificio, non competit actio l. Aquiliæ, quia areæ damni nihil datum eſt. itaque ante traditionem uſusfructus competet actio ex teſtamento; tradito vero areæ uſufructu, dabitur actio de dolo. *Govean. lib.* 1. *var. lect. c.* 38. *Cujac. ad d.* §. *ſi dominus.*

Tertio adverſatur *l. ſi heres.* 110. *ff. de leg.* 1. ubi traditur, quod heres, qui ſervo in genere legato, ſciens legatario tradidit ſervum furtis noxiſque adſtrictum, quod competat legatario actio de dolo. Atqui in eodem caſu concurrit actio ex teſtamento. Si enim homo generaliter legatus ſit, & heres dedit ſervum furtis obnoxium, conveniri poteſt actione ex teſtamento ob evictionem, quod dederit talem ſervum, quem habere non liceat, qui poterit legatario auferri ex cauſa noxali. *l. ſi a ſubſtituto.* 45. §. 1. *l. ſi domus.* 71. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. heres ſervum.* 58. *ff. de evict.* Reſp. Quod dicit Africanus in *d. l. heres.* teneri heredem, qui ſciens legatario furem præſtitit, actione de dolo, in eo poſtea ſe ipſum corrigit, & ait potius

potius eſſe, ut competat actio in factum, vel ex teſtamento. Non igitur dabitur actio doli, quæ eſt ſubſidiaria: ſufficit enim actio ex teſtamento, qua legatarius agit contra heredem, ac ſi nihil dediſſet, ut alium frugi & probum ſervum præſtet, quem habere liceat, & furem quem dederat ex legati cauſa, pro noxæ deditione relinquat. Ita notat eleganter *Cujac. ad d. l. ſi heres. in tract. ad African.*

Quarto adverſatur *l. 1. C. de dolo.* ubi dicitur, ſi fidejuſſor emit a creditore pignora, quod ea, oblato omni debito, una cum fructibus debitori reſtituere cogatur per actionem de dolo, cum tamen eo nomine competat actio mandati. *l. ſi mandato Titii.* 59. §. 1. *ff. mandat.* Reſp. Hoc non eſt intelligendum de prætoria actione de dolo, quæ ſubſidiaria eſt actio, ſed de mandati actione, cui ut omnibus bonæ fidei judiciis, doli actio ineſt. In directis enim bonæ fidei actionibus agitur de fide rupta. *l. ei apud quem. ff. depoſ. l. ad comparandas. C. mandat.*

Quinto pugnat *l. rei quam venalem.* 33. *ff. de dolo.* ubi dicitur, quod qui lite alicui mota, eripuit ei vendendi occaſionem, tenetur actione in factum, cum tamen eo caſu actione de dolo locus eſſe videatur, propter commiſſum dolum. Reſp. Competit eo caſu actio de dolo, ſi appareat id callide factum: ſi vero dolus abſit, datur actio in factum de indemnitate. *Cujac. ad d. l.* 33.

Sexto ex contractu innominato *facio ut des*, competit actio doli. ut probatur in *l.* 5. §. *quod ſi faciam. ff. de praſcr. verb.* & *l. cum proponas. C. de dolo.* Verum huic ſententiæ e diametro repugnant *l. ſolent.* 15. *ff. de praſcr. verb.* & *l. cum mota. C. de tranſact.* ubi traditur quod ex contractu *facio ut des*, detur actio præſcriptis verbis. Ad *l. ſolent.* reſpondetur: Quod ibi dicitur, dari actionem præſcriptis verbis, mox in ſequentibus verbis corrigitur, dum ſubjungit JC. *niſi ſi quis in hac ſpecie competere de dolo actionem dicat.* Hæc particula *niſi* corrigit, ut & in *l. ſi mihi pure. ff. de leg.* 2. Ita notat *Cujac. ad l.* 7. *ff. de pact.* Ad *l. cum mota.* reſpondetur, quod ibi initus fuit contractus, *do ut facias:* hac ſcilicet formula, *do tibi partem bonorum, ut a lite diſcedas.*

Septimo ſi debitor a creditore deceptus eſt, ut eum liberet, de dolo actio eſt, *l.* 1. §. *pen. ff. de dolo. l.* 4. *l. ſub prætextu. C. de tranſact.* Sed objicitur, quod etiam in hac ſpecie datur condictio cauſa data cauſa non ſecuta, & actio præſcriptis verbis *l. ſi quis accepto. ff. de cond. cauſ. dat. l. ſi ob eam. ff. de praſcr. verb.* Reſp. His actionibus locus eſt, cum debitor certa lege liberatus, poſtea fidem fallit, Actione de dolo experimur, cum in extorquenda liberatione debitor creditorem fefellit.

Octavo & ultimo. ſi dolo adverſarii dies actionis exierit, de dolo agitur. *l.* 1. §. *idem Pomponius. ff. de dolo.* Sed obſtat. *l. ait prætor.* §. *ult.* & *l. ſeq. ff. ex quib. cauſ. major.* quæ videtur hoc caſu

auctori in integrum reſtitutionem dare. Reſp. Ibi reſtitutio contra eum datur, qui id facit, ne omnino ſecum agi poſſet. Poteſt autem quis ſecum agendi poteſtatem facere, & tamen ludificationibus doloſiſque perſuaſionibus id efficere, ut dies actionis prætereat, ut ſi falſo perſuadeat heredi, diem nondum in eo eſſe, ut brevi exiturus ſit.

ASSERTIO LIX.

Univerſitas ſeu reſpub. ex delicto obligari & conveniri poteſt.

ETiam univerſitas delinquere, & ex delicto conveniri poteſt. Sic poteſt populus, civitas, vel collegium, metum vel injuriam alicui inferre, ſi ſcilicet conventu habito vim fecerit. *l. metum.* 9. §. 1. *ff. quod met. cauſ.* Licet enim univerſitas per ſe conſiderata ſit fictum & imaginarium quoddam corpus, quod neque animam neque intellectum habet, ideoque conſentire & delinquere non poſſe videatur, per *l.* 1. *ff. de libert. univerſ. l.* 1. §. *ult. ff. de acq. poſſ.* tamen eo non obſtante in multis legibus affirmatur, univerſitatem delinquere. *d. l.* 9. §. 1. *auth. item nulla. C. de epiſc. & cler.* Similiter & per eos quibus ſumma reip. commiſſa eſt, ut ſunt decuriones, ſyndici, omnia agere poteſt civitas, unde & per eos delinquere intelligitur. *l.* 2. *l. municipes.* 14. *ff. ad munic.* Tum demum autem univerſitas ex delicto tenetur, quando communicato conſilio, & præcedente deliberatione, vel ipſi rectores univerſitatis, vel major pars populi delinquit. Quod enim major pars publice facit, per univerſos factum cenſetur. *l. aliud.* §. *refertur. ff. de R. J.*

Sed objicitur *l. ſed ex dolo.* 15. §. 1. *ff. de dolo.* ubi dicitur, in municipes non dari actionem de dolo, & additur ratio, quia municipes nihil dolo facere poſſunt. Hæc antinomia hoc modo conciliari poteſt. Aut univerſitas, vel major pars civitatis deliquit communicato conſilio, vel præcedente convocatione populi, & tunc univerſitas ipſa ex delicto tenetur. Ita accipienda eſt *d. l. metum.* §. 1. *ff. quod met. cauſ. l. ſemper,* §. *ſi in ſepulchro. ff. quod vi aut clam.* Aut pars aliqua populi ſine communicatione conſilii, & præcedente convocatione deliquit, & tunc univerſitas non obligatur ex delicto: quia non univerſitas, ſed particulares aliquot cives proprio motu deliquiſſe cenſentur. *d. l. ſed ex dolo.* §. 1. & ibi *gloſ.* Ideoque perſonæ delinquentes, non univerſitas puniri debet, arg. *l. ſicut.* §. 1. ubi ita diſtinguunt *Bart.* & *Caſtren. ff. quod cujuſque univerſ. nom.* Approbat. *Minſ. cent.* 4. *obſ.* 78. & 79. *Bart. in l. aut facta.* §. 1. *ff. de pœn.* ubi notat, tum demum univerſitatem delinquere ac puniri, ſi ſingulorum ac univerſorum deliberatio antecedat.

dat. Vide *Gomez. in var. reſol. tomo.* 3. *c.* 1. *num.* 52. & 53. Et hæc diſtinctio in praxi, uſuque forenſi, recepta eſt, & ab interpretibus communiter approbata. *Minſ. d. cent.* 4. *obſ.* 78. & 79. per totum.

ASSERTIO LX.

Minore reſtituto in integrum, fidejuſſores non ſunt reſtituendi.

IN hac quæſtione, an minore xxv. annis reſtituto in integrum, fidejuſſores ſint reſtituendi, ita eſt diſtinguendum. Aut minor deceptus eſt dolo adverſarii, & tunc fidejuſſoribus ejus auxilium reſtitutionis datur: Aut minor circumſcriptus eſt re ipſa, hoc eſt, lubrico ætatis, & tunc beneficium reſtitutionis non competit fidejuſſoribus. *l.* 2. *C. de fidejuſ. min. l. exceptiones.* 7. *ff. de except.*

Opponitur *l. ſi Titius & Seja.* 48. *ff. de fidejuſ.* Ubi dicitur, quod ſi quis una cum minore fidejuſſit, & minor reſtituatur in integrum, quod reſtitutio proſit confidejuſſori majori, eo quod in partem tantum teneatur. Quod ſi reſtitutio illi non prodeſſet, in ſolidum obligaretur, quia regulariter qui cum alio fidejubet, a quo exigi nihil poteſt, tenetur in ſolidum. *d. l. ſi Titius. in princ.* §. *ſi plures. inſt. de fidejuſ.* Reſp. Ideo fidejuſſor qui cum minore fidejuſſit, tenetur pro parte, quia ignoravit illius ætatem. Quod ſi ſcivit eum minorem eſſe, reſtitutio minoris ei non prodeſt: quemadmodum dicitur in eadem *l.* ſi quis pro alio cum muliere fidejubeat, quod muliere ab interceſſione liberata, ipſe teneatur in ſolidum, quia ſcivit eam eſſe mulierem, & pro alio non poſſe fidejubere. *Cujac. lib. obſ.* 10. *c.* 23.

Secundo objicitur *l. minor.* 51. *ff. de procurat.* ubi dicitur, quod ſi minor xxv. annis pro alio intervenit defenſor in judicio, & reſtituatur in integrum, quod fidejuſſoribus ejus quoque ſubveniatur. Reſp. Ideo ibi minore reſtituto ſuccurritur fidejuſſoribus, quia adverſarius alium habet, in quem transferre poſſit judicium: poteſt enim actor contra reum, pro quo minor intervenit defenſor, jus ſuum ſalvum habere. Sed contra ſolutionem rurſus opponitur: Fieri poteſt, ut iſte principalis debitor, pro quo minor defenſor extitit, non ſit ſolvendo, & ſic ſalva non erit actori contra eum actio. Reſp. Ideo fidejuſſores in hoc caſu reſtituuntur in integrum, quia fidejubent pro minore, ſub certæ perſonæ qualitate, hoc eſt, quatenus minor eſt defenſor alienæ litis. Atqui minor per reſtitutionem in integrum eam perſonam deponit. Ergo & fidejuſſores qui pro eo tanquam defenſore intervenerunt, liberantur.

Tertio objicitur *l. ſi pupillus.* 89. *ff. de acq. hered.* ubi dicitur, ſi pupillus ſe hereditate abſtineat, ſuccurri & fidejuſſoribus ejus. Reſp. Ideo ſuccurritur fidejuſſoribus pupilli, cum pupillus ſe abſtinuit

tinuit a paterna hereditate, quia ipſo jure pupilli abſtinent hereditate paterna, abſque petitione reſtitutionis in integrum. Unde quia pupillus poſt abſtentionem ipſo jure non eſt obligatus, nec fidejuſſores ejus tenentur. *l.* 11. 12. & 57. *ff. de acq. hered.*

Quarto objicitur, quod ſublata obligatione principali tollitur & fidejuſſoria tanquam acceſſoria. *l. cum principalis.* 187. *ff. de R. J.* Ergo cum obligatio principalis extinguitur per reſtitutionem in integrum, tollitur & fidejuſſoria. Reſp. Per reſtitutionem in integrum non tollitur plane obligatio principalis, ſed exceptio quædam perſonalis contra eam minori conceditur, ratione ætatis: quod beneficium cum ſit perſonale, non extenditur ad fidejuſſores. *d. l. exceptiones.* Ita tradunt *Cujacius ad l.* 3. & 13. *ff. de minor. Gomezius libro* 2. *variar. reſolut. c.* 14. *num.* 6. *&* 9.

Assertio LXI.

Liberi & liberti non reſtituuntur in integrum contra parentes & patronos.

Neque liberis adverſus patrem, neque libertis contra patronum datur reſtitutio in integrum, ſi quid cum iis parentes vel patroni contraxerint, in quibus ſe læſos ſua imbecillitate, & lubrico ætatis circumventos dicant. text. eſt in *l. ult. C. qui & adverſ. quos in int. reſt. &c.* Ratio eſt, quia quodammodo ſugillari pudor & opinio parentum videtur, contra quos poſtulatur reſtitutio. Honeſtius vero & melius eſt, æqui bonique conſulere adoleſcentem damnum quod fecit, quam retractare, quod cum his perſonis geſtum eſt, in quas etiam fraudis ſuſpicio non cadit.

Adverſatur maxime huic enunciato *l.* 11. *ff. de dolo.* & *l. ſi ſuperſtite.* 5. *C. eod.* ubi traditur, quod ſi filii immodice læſi ſunt fraude parentum, quod actio in factum liberis contra parentes detur, qua reſtituuntur contra eorum circumſcriptionem. Reſp. ſub diſtinctione: Aut reſtitui ſe petunt liberi ex ea parte edicti, quæ doli nomine datur; & hoc caſu propter dolum a parentibus admiſſum datur liberis actio in factum contra parentes, ne dolus illis ſit in lucro: Aut liberi petunt ſe reſtitui ratione ætatis, & hæc reſtitutio non datur contra parentes, quaſi in liberorum rebus non ſint rite verſati.

Secundo objicitur *l.* 3. §. *ergo.* & *l. patri.* 27. §. *ult. ff. de min.* ubi filii minores 25. annis reſtituuntur in integrum contra parentes, ratione ætatis. Reſp. Hoc procedit jure veteri, quod Juſt. abrogavit, per *d. l. ult.* quæ una eſt ex 50. deciſionibus, quæ inſertæ ſunt Codici poſt primam ejus editionem, cujuſmodi pleræque antiquo juri derogant. *Duaren. ad d. l. ult.*

Tertio opponitur *l.* 2. *C. ſi adverſ. rem jud. &c.* ubi in cauſa patriæ

triæ poteſtatis filius damnatus reſtituitur contra patrem. *Reſp.* ut in præcedenti caſu, quod derogatur huic legi per *d. l. ult.* eo quod *d. l. ult.* inter veteres dubitatum eſſe de hac quæſtione proponat, & Imp. certum & indubitatum jus ſe definire aſſerat.

Quarto repugnat aſſertioni. *l.* 2. *C. ſi adverſ. donat.* ubi filio emancipato, cui pater res mobiles donaverat, & deinde res ſibi donatas patri in alium transferenti, inconſulta ætatis facilitate conſenſerat, datur reſtitutio in integrum. *Reſp.* quod non detur reſtitutio contra patrem, ſed contra tertium, in quem pater res prius filio donatas tranſtulit. Ita notat *Accurſ. in d. l.* 2. Poſtremo notandum, quod ex *nov.* 155. uno adhuc caſu liberis detur reſtitutio in integrum contra parentes, quando videlicet mater tutrix eſt liberorum, & poſtea tranſit ad ſecundas nuptias: tunc enim adverſus eam competit liberis reſtitutio, ſi male ſit in tutela verſata.

ASSERTIO LXII.

Minor XXV. *annis, ob juramentum contractui appoſitum, privatur reſtitutione in integrum.*

CEſſat beneficium reſtitutionis in integrum, ſi minor contractum jurejurando confirmavit: non enim poteſt minor quod geſſit cum aliquo, retractare, ſi id jurejurando comprobavit. Ratio eſt, ne leges perfidiæ & perjurio anſam præbeant. *l.* 1. *auth. ſeq. C. ſi adverſ. vendit.*

Quinque huic enunciato adverſantur: Primo graviter obſtat *l. non dubium. C. de legib.* ubi dicitur, quoties quid lege prohibetur, tunc omne pactum, omnis contractus, omneque juramentum contra eam legem interpoſitum, nullius eſt momenti. Ergo contractus cum minore initus, ſi ei damnoſus ſit, juramento confirmari non poteſt. Breviter ita diſtinguendum eſt cum *Bart. in d. auth.* Aut juramentum interponitur a minore ſuper contractu, qui nullus eſt jure communi tam inter minores quam majores: & hic contractus jurejurando minoris non confirmatur. Ut puta ſi minor infra dimidium juſti pretii rem ſuam vendidit, & juratus contraxit, tunc nihilominus reſtituetur. Ratio eſt, quia juramentum efficit, ut minor habeatur pro majore. At major hanc venditionem ratione immodicæ læſionis poteſt reſcindere: ergo & minor juratus poterit reſtitui, niſi ſpecialiter promiſit ſe ratione immoderati precii non contradicturum. Aut juramentum acceſſit contractui, qui jure communi nullus eſt inter minores, valet tamen inter majores, & tunc ſi juramento minor contractum confirmavit, reſtitui nequit. Ut puta ſi minor prædia ſua vendidit ſine decreto judicis, & jurejurando venditionem comprobavit, & hic contractus jurejurando confirmatur, & contra eum minor reſtitui nequit,

nequit, quia juramentum facit eum ex minore majorem. atqui inter majores hæc venditio prædiorum valeret. text. eſt in *d. l. 1. C. ſi adverſ. vendit.* Ita tradunt *Jacob. de Belui. ad tit. de pace juram. firm. §. item ſacramenta in uſib. feud. Pinel. ad l. 2. C. de reſc. vend. part. 3. c. 2.*

Secundo adverſatur *l. ult. C. de non num. pec.* ubi dicitur, quod ſi debitor in chirographo confeſſus ſe mutuo accepiſſe pecuniam, & promiſit ſe illam redditurum, juramento interveniente, quod nihilominus debitori competat exceptio non numeratæ pecuniæ. Reſp. Ideo ibi competit debitori jurato prædicta exceptio, quia principalis obligatio literarum tacitam illam in ſe habet conditionem, ſi creditor pecuniam numeravit: ergo & juramentum huic contractui appoſitum ſub eadem conditione accipiendum eſt, quia juramentum intelligitur ſecundum contractus naturam, cui apponitur. *c. veniens.* & *c. quemadmodum. extr. de jurejur.*

Tertio opponitur, quod juri quod quis ignorat ſibi competere, nemo videtur renuntiare. *l. mater. 19. ff. de inoff. teſt.* Sed minor præſumitur ignorare beneficium reſtitutionis ſibi competens, quia ætatis infirmitas ingerit eis ignorantiam juris. *l. regula. ff. de jur. & fact. ign.* Ergo propter jusjurandum minor non amittit beneficium reſtitutionis, de quo non cogitavit; quia juramentum non extenditur ad ea, de quibus non eſt cogitatum. *l. ult. ff. qui ſatiſd. cog.* Reſp. In hoc caſu propter ignorantiam juris non ſubvenitur minori, ne legiſlatores videantur perjurii auctores eſſe, ideoque propter ſummam jurisjurandi auctoritatem minori jurato contrahenti denegatur reſtitutio.

Quarto objicitur *l. ſi ex falſis. C. de tranſact.* ubi contra tranſactionem juratam quis reſtituitur. Reſp. Propterea tranſactio jurata ibi reſcinditur, quia intervenit dolus adverſarii, qui falſis inſtrumentis decepit alterum, ut cum eo tranſigeret.

Poſtremo repugnat *l. nam poſteaquam. 9. §. ſi minor. ff. de jurejur.* ubi minor xxv. annis reſtituitur adverſus delatum juramentum. Reſp. Iſtic minor ipſe non juravit, ſed detulit alteri jusjurandum; in quo ſi captus eſt, ei ſuccurritur, quia ibi non committitur perjurium a minore. Ad extremum adverſatur *l. 1. C. ſi adverſ. vendit.* ubi Imp. Alexander dicit ideo contractus minorum eſſe ſervandos, ne Imp. auctor ſit perfidiæ & perjurii. Quod & locum habet in contractibus ipſo jure invalidis. Reſp. Nullum eſt perjurium, ubi nullum jusjurandum præceſſit. At vero quia hic jusjurandum interceſſit contra leges, hoc pro nullo & infecto habetur. Ab hac ſententia videtur aliquo modo diſſentire *Fachin. lib. 3. controv. c. 11.* & *14.* ubi ſtatuit, poſſe minorem graviter læſum in integrum reſtitui adverſus contractum juramento confirmatum, & a juramento abſolvi.

ASSERTIO LXIII.

A ſententia arbitri, ſine pœna facto compromiſſo, hodie non appellatur.

QUæſitum eſt ab interpretibus, an eo caſu, quo ex ſententia arbitri oritur actio & exceptio, hoc eſt, a laudo arbitri ſine pœna & nudo pacto aſſumti liceat appellare. Cujus quæſtionis veritas ut melius eluceſcat, ſciendum eſt, quæ olim ſententiæ arbitri, tum quæ hodie ſit vis & poteſtas. Olim nulla fuit virtus & poteſtas ſententiæ arbitri, neque ulla dabatur ex ea actio vel exceptio judicati, qua ad executionem ſententiæ victus cogi poterat: neque reo etiam ulla dabatur poteſtas ſupplicandi, appellandi, ſeu ad arbitrium viri boni reducendi laudum, ſi nudo pacto eſſet electus arbiter, neque pœna compromiſſo erat adjecta. *l.* 2. *l. diem.* §. *ſtari. ff. de arbit. l.* 1. *l. cum antea. C. eod.* in verb. *ſi pro actore calculus proponeretur, nihil ex eo procedere præſidii.* Quod ſi pœna adjecta erat compromiſſo, pœnæ petitio ſupererat victori, non autem agi poterat, ut ſententiæ præciſe ſtaretur. *Auth. decernit. C. eod. d. l.* 2. Si vero per ſtipulationem erat compromiſſum initum, ſine pœnæ adjectione, tunc ſufficiebat actio ex ſtipulatu ad intereſſe. *d. l. diem.* §. *fin.* & ſic timore intereſſe, ſicut & metu pœnæ parebatur ſententiæ arbitri. Hodie ſancitum eſt conſtitutione Juſtin. in *l. cum antea.* 5. *C. de recept. arbit.* ut ſi ſimplici pacto ſine pœna initum ſit compromiſſum, atque ſententia arbitri ab utraque parte ſubſcripta & homologata, vel tacite lapſu decem dierum ſit roborata (ut puta quod neutra partium interea ſententiæ contradixerit) tunc ex ſententia arbitri & actori in factum actio, & reo exceptio competat, ſententiaque executioni mandetur. Hoc ergo caſu an liceat appellare a ſententia arbitri, quæritur. *Bartolus in d. l.* 1. novam tenens opinionem, aſſerit appellari licere. Sed verior & crebrior eſt ſententia, ex compromiſſo nudo pacto & ſine pœna inito appellationi locum non eſſe. *Bald. Salic.* & *Angel. in d. l.* 1. quos laudat & ſequitur *Minſ. cent.* 4. *obſ.* 68. *Baro ad l. ſed etſi.* 9. *ff. de arbit.* eaque communis eſt & approbata DD. opinio, teſte *Vivio lib.* 2. *comm. opin. litera A.* Ideo autem a ſententia arbitri non poteſt provocari, quia ante decem dies ad agendum ſententia eſt inefficax, omniſque actio & executio ceſſat, ideoque fruſtra ab ea appellatur: poſt vero appellari non poteſt, quia tempora interponendæ appellationis jam exierunt. *auth. hodie. C. de appel. gloſ. in d. l.* 1. & plene *in l. arbitrio. ff. qui ſatiſd. cog.* Adde quod generaliter Imp. in *d. l.* 1. & ante eum JC. *in l.* 32. §. *eum quidam.* 4. *ff. de recept. arbit.* dicant, a ſententia arbitri appellari non poſſe: quod cum correctum non ſit, cur ſtare prohibeatur, nulla eſt ratio.

Non

Non obſtat aſſertioni *l. arbitro. ff. qui ſatiſd. cog.* ex qua colligitur, ab arbitri ſententia appellari licere. Reſpondendum enim, quod ibi arbitri juſſu judicis a litigatoribus eliguntur, ideoque ab eorum arbitrio, uti a pedaneorum ſententiis recte appellatur, *l. ex conſenſu. ff. de appel.* Diverſum eſt in arbitris compromiſſariis, qui ſine judice a partibus eliguntur, quorum arbitrio neceſſario non ſtatur, niſi homologetur. *l. 1. l. ne in arbitris. 4. C. de recept. arbit.* Ita eſt communis opinio contra Bart. teſte Minſ. *d. loco.* Illud ſingulariter notandum, quod ſi manifeſta eſt iniquitas in ſententia arbitri, tunc decepto exceptio doli datur contra ſententiam, quæ impedit laudum executioni mandari etiam poſt decem dies. *d. §. cum quidam. Weſemb. in parat. de arbit. in fin.*

ASSERTIO LXIV.

Illiterati & juris imperiti judices eſſe non poſſunt.

MAgna in judice requiritur ſapientia & eruditio, quia cum æqui & iniqui ſit arbiter, juſti atque injuſti diſceptator; certe ſi hic leges, ſacras conſtitutiones, & conſuetudines, juxta quas judicare tenetur, ignoret, & aliunde recte judicandi formulam emendicare cogatur, gravem profecto jacturam, maximamque labem reipub. adferet. §. 1. *nov.* 82. *de judic.* Unde nemo probe judicandi officio fungi poteſt, qui imperitus eſt ſeu expers literarum, ſeu qui pingere literas, vel legere neſcit: hoc eſt enim literas ignorare. *l.* 3. §. *item ſubſcribere. ff. de accuſat. & inſcript.* Confirmat hanc deciſionem imprimis, quod legibus ſalubriter proditum eſt, ne judex aliter judicet, quam legibus ſcriptis & moribus cautum eſt. §. 1. *inſt. de off. jud. auth. jubemus. C. de judic.* Quam judicandi regulam exequi non poteſt, qui plane indoctus eſt, & rudis literarum. Secundo confirmatur hæc ſententia ex eo, quod judex qui contra leges & conſtitutiones pronuntiat, litem ſuam facit, teneturque parti læſæ in veram æſtimationem litis, ſi id dolo faciat; vel ſi per imperitiam, in id quod religioni judicis æquum & bonum videbitur. *l. filiusfam. ff. de judic. l. ult. ff. de variis & extraord. cognit. &c.* ideoque legum ſcientiam judex callere debet. Tertio hanc deciſionem comprobat Imp. Juſtinian. in *l. rem non novam.* 14. *C. de judic.* dum inquit: *Cui enim non eſt cognitum antiquos judices non aliter judicialem calculum accepiſſe, niſi prius ſacramentum præſtitiſſent. omnimodo ſeſe cum veritate & legum obſervatione judicaturos.*

Opponitur *l. certi juris.* 17. *C. de judic.* ex qua *l.* colligunt DD. illiteratos poſſe judices eſſe, modo cauſarum peritiam ex diuturna experientiâ habeant. Reſp. Hoc ex ea *l.* inferri non poteſt, quæ concedit militaribus hominibus judicandi facultatem, modo uſum & peritiam rei controverſæ habeant. Non enim imperitis, ut vulgo

go creditur, judicandi poteſtas ibi conceſſa eſt, quia text. in *d. l. certi juris.* repugnat, dum ait: *pro ſui & legis ſcientia finem altercationibus imponant.* Duo ergo in judice lex illa expreſſe requirit, primo ut negotii peritiam habeat, deinde ut pro legis ſcientia cauſam dirimat. Quod autem dicitur, quod judices periti literarum eſſe debeant, de judicibus datis vel pedaneis eſt accipiendum; non de magiſtratibus, ſeu ordinariis judicibus. Magiſtratus enim plerunque erant viri militares legum ignari, & ipſi non judicabant, ſed litigantibus judices certos dabant. Itaque in magiſtratibus non requirebatur peritia juris, quia aſſeſſorum prudentia & conſilio cauſas terminabant. *l. 2. ff. quod quiſque jur. in alium, &c. Coraſ. lib. 5. miſc. c.* 19. pedanei vero ſeu dati judices periti erant νόμων καὶ πείρας, ſicut & adſeſſores, id eſt, habebant cognitionem legum & praxeos, ſeu uſus forenſis notitiam. Itaque hi debent habere ſcientiam legum, non magiſtratus. Unde & deciſum eſt, quod magiſtratus novum vel iniquum jus ſtatuentes, non teneantur edicto: *Quod quiſque juris*, &c. ſed pedanei judices ſeu adſeſſores, qui peritiam legum & uſus forenſis habere cogebantur. Si inique vel imperiti judicabant, in præfati edicti pœnam incidebant, quod in arte, cujus ſe peritos profitebantur, delinquerent. *d. l.* 2. *l.* 1. *C. de aſſeſſor. Cujac. ad nov.* 82. *Hotom. in illuſt. quæſt. q.* 26.

Poſtremo non adverſatur huic deciſioni *l. expertes.* 6. *C. de decurion.* ubi dicitur, expertes literarum decurionis officio fungi poſſe, quia decuriones conſilii publici gratia tantum creabantur, curamque & adminiſtrationem bonorum civitatis habebant, non autem judicandi munus gerebant. *l. pupillus.* 239. §. *decuriones. ff. de verb. ſign. Coraſ. d. loco.*

ASSERTIO LXV.

Minor annis XXV. *modo ſit exephebus, hoc eſt, annorum* XVIII. *judex eſſe poteſt.*

Cum quæritur, an minor XXV. annis judex eſſe poſſit, diſtinguitur inter magiſtratum ſeu judicem ordinarium & judicem delegatum. Judex delegatus eſſe poteſt, ſi ſit annorum XVIII. Probatur hæc ſententia in *l. quidam.* 57. *ff. de re jud.* ubi dicitur ſententiam a minore XXV. annis latam valere, ſi annorum XVIII. ſit. Infra eam ætatem judicare non poteſt, niſi datus ſit judex a Principe, quo caſu videtur Princeps veniam ætatis concedere, vel defectum ſupplere; vel niſi litigantes in eum conſenſerint. *d. l. quidam.*

Objicitur primo *l. cum lege.* 41. *ff. de recept. qui arbitr. &c.* ubi dicitur, lege Julia cautum eſſe, ne minor XX. annis judicare cogatur.

Reſp.

Reſp. Cogi quidem non poteſt minor xx. annis, ut judicet, & munus judicandi, quod alias eſt neceſſarium, ei invito non imponitur. *l. ult. §. judicandi. ff. de mun. & honorib.* poteſt tamen, ſi velit, eſſe judex. Ex eo enim quod dicit lex Julia eum non cogendum, colligitur eum poſſe judicare: alioqui lex fruſtra caveret, ne cogeretur, quod omnino facere non poſſit. *Govean. ad. l. 2. ff. de juriſd. Duaren. ad d. l. quidem.*

Et hæc in delegato judice obtinent. Ordinarius judex ſive magiſtratus minor annis XVIII. eſſe poteſt. Ratio aſſignatur in *d. l. quidem.* quia Princeps concedendo ei magiſtratum, omnia ab eo facta valere decrevit.

Secundo opponitur *l. ad rempub.* 8. *ff. de mun. & honorib.* & *l. non tantum. ff. de decurion.* quibus dicitur, minorem xxv. annis decurionem creari non poſſe, & ad reipub. adminiſtrationem inutiliter adhiberi. Reſp. Decurio eſt ſenator municipii, cuſtos gubernatorque civitatis, & præter ſuffragium, quod præbet in conſilio, habet curam adminiſtrationemque bonorum civitatis. Reipub. autem bona adoleſcentibus minoribus 25. annis committi eſt periculoſum, cum ne proprii quidem patrimonii adminiſtrationi cenſeantur idonei. *l. 1. ff. de minoribus.* Illud denique notandum, majorem ætatem requiri in arbitro compromiſſario, quam judice dato: nam arbiter debet eſſe major xx. annis *d. l. cum lege.* ubi dicitur, non valere laudum latum ab arbitro minore xx. annis, & ex eo pœnam non committi. Ratio diverſitatis eſt, quia gravius ſubeſt periculum in ſententia arbitri compromiſſarii, quam judicis: ſententia enim judicis multis remediis poteſt corrigi, puta appellatione, ſupplicatione, & recuſatione; arbitri vero ſententia ſola pœnæ ſolutione poteſt evitari, neque ab arbitri ſententia poteſt appellari. *l. 1. C. de recept. qui arbit. &c.* Igitur major ætas requiritur in arbitro compromiſſario, quam judice delegato, ne partes incidant in promptum periculum, propter ignorantiam arbitrorum. *gloſ. in c. cum viceſimum. extr. de poteſt. & off. deleg.* Denique ſciendum, quod *d. l. quidam.* non ſit accipienda de arbitris compromiſſariis, ſed de judicibus delegatis, conſentientibus litigatoribus a magiſtratu datis. *Weſemb. in parat. C. de arbit.*

ASSERTIO LXVI.

Ordinarius judex jure civili recuſari non poteſt, licet diverſum in delegato obtineat

Controverſia fuit inter Martinum ac Bulgarum de recuſatione judicis ordinarii. Martinus voluit ordinarium æque ut delegatum recuſari poſſe. Bulgarus ſtatuit, quod ordinarius judex tanquam ſuſpectus recuſari non poſſit, ut videlicet penitus removeatur,

tur; ſed tamen alium ſibi adjungi pati cogetur. eaque communis eſt & recepta DD. ſententia. Probatur hæc concluſio aperte ex *nov.* 86. quæ nominatim ſtatuit, præſidem, qui eſt ordinarius magiſtratus, non repudiari ut ſuſpectum, ſed alium ei adjungi, licet *auth. ſi vero. C. de judic.* generaliter loquatur. ſed ea *auth. ex d. nov.* 86. mutilate eſt decerpta. Idem probatur ex *nov. de exhib. reis.* §. *ſed & illud.* ubi dicitur, quod reus poſſit ſuſpectum judicem recuſare, vel alium petere ei aſſociari, ut primum quidem ad judicem delegatum, ſecundum *l. apertiſſimi. C. de judic.* poſtremum vero ad ordinarium referatur. ex *d. nov.* 86.

Objicitur, quod prætor poteſt unam cauſam mandare alteri, ſi juſtam cauſam ſuſpicionis pars adverſa alleget; quod ſcilicet prætor in eadem cauſa advocatus fuerit ante ſuſceptum magiſtratus officium. *l. prætor. ff. de juriſd.* unde videtur ordinarius judex, qualis eſt prætor, recuſari poſſe. Reſp. Quod ibi prohibetur judicare ordinarius, non removetur, tanquam ſuſpectus, ſed quia duo contraria in eandem perſonam concurrere non poſſunt; fungi videlicet advocati, & judicis officio. *l. ult. C. de aſſeſſ.* ut recte explicat. *gloſ. in d. l. apertiſſimi.*

Secundo objicitur *l. nemo. C. de juriſd.* ex qua, argumento à contratrio ſenſu deſumto, colligitur, quod ordinariæ ſedis cognitio ante litem conteſtatam, per recuſationem judicis ſuſpecti poſſit declinari. Reſp. Argumentum a contrario ſenſu non valere, quoties exiſtit abſurdus intellectus, aut juri contrarius. *Præſes Ever. in topic. in loco a contrario ſenſu.* Itaque illa *l.* accipienda eſt in aliis fori exceptionibus, puta litis pendentiæ, prorogatæ juriſdictionis, incompetentiæ judicis, & aliis ſimilibus; quod ſcilicet illæ exceptiones fori declinatoriæ ante litem conteſtatam ſint proponendæ.

Tertio vehementer obſtat *auth. & conſequenter. C. de ſent. & interlocut. omnium jud.* ubi ſimpliciter & generaliter dicitur, quod reus apud eundum judicem actorem debet reconvenire, niſi eum ante litem conteſtatam recuſet, quam auth. in ordinario judice loqui exiſtimat Zazius. Reſp. cum Gloſ. quod prima pars auth. in ordinario procedat, quoad articulum reconventionis, poſterius vero membrum intelligendum in judice delegato. ex *auth. offeratur. C. de lit. conteſt.* ex qua ſupplendum eſt, quod deeſt *d. auth. & conſequenter.* Ubi dicitur, reo permitti inducias ad deliberandum, utrum petat alium judicem aſſociari, an vero repudiet eum, ſingula ſingulis referendo. Ut prius, quod dicitur de alio judice aſſociando, referatur ad judicem ordinarium; poſterius vero, quod de recuſando ſeu repudiando judice ſcilicet ſuſpecto additur, hoc referatur ad judicem delegatum.

ASSERTIO LXVII.

Judicium de re pendenti aut futura inſtitui non poteſt.

PRobatur hæc aſſertio in *l. non poteſt.* 23. & *l. non quemadmodum.* 35. *ff. de judic.* Sic non poteſt petere actor, quod ſibi debetur ſub conditione, quæ nondum extat, ſed adhuc futura ſperatur. Non enim poteſt actor intentionem ſuam fundare ex jure, quod ei poſt litem conteſtatam ſupervenit, ideoque alia interpellatione opus eſt. *d. l. non poteſt.*

Objicitur. *l. ſin autem.* 27. §. 1. *ff. de rei vindicat. l.* 4. & 41. *ff. de petit. hered.* ubi in judicium veniunt etiam ea, quæ reus cœpit poſſidere poſt litem conteſtatam. Reſp. Prædicta aſſertio intelligenda eſt, quando ſupervenit jus novum ex parte actoris poſt litem conteſtatam: hoc enim ad impetrandam condemnationem contra reum non proficit. ſecus ſi ex parte rei quid evenit; nam hoc ſufficit ad condemnationem. Ratio eſt, quia actor metitur petitionem ſuam ex jure ſuo, non ex jure adverſarii. *l.* 1. §. 1. *ff. ſi pars hered. pet.*

Secundo pugnat *l. ſi rem.* 9. §. *ult.* cum *l. ſeq. ff. de pign. act.* ubi debitor, qui non ſoluto debito inepte pignus a creditore repetierat, pendente judicio offerendo debitum, confirmat ſibi actionem pignoratitiam. Reſp. Ibi ſupervenit jus novum ex cauſa præterita. id eſt, ex obligatione pignoris præcedente judicium.

Ultimo objicitur *l. in lege.* 40. *ff. ad. l. Aquil.* ubi cum quidam deleviſſet chirographum, ex quo pecunia mihi debebatur ſub conditione, datur mihi contra delentem actio legis Aquiliæ, & ſic actio competit de obligatione futura, antequam conditio ſit impleta. Reſp. Competit actio legis Aquiliæ ob deletionem præſentem, non autem indiſtincte agitur lege Aquilia, ſed ita demum, ſi metus ſit, ne teſtes quibus chirographum probari poſſit, forte moriantur, vel longe futuri ſint abſentes, & ita qui delevit, interim recte damnatur, ſed tamen exactio debiti differtur in eventum conditionis. Poſſunt enim teſtes ante acceptum judicium etiam ad æternam rei memoriam examinari, ſi de morte vel abſentia eorum probabiliter timetur. *c. quoniam frequenter. extr. ut lit. non conteſt. Coſtal. in d. l. in lege.*

ASSERTIO LXVIII.

Legati non poſſunt conveniri in loco legationis, ex contractu antea ibi inito.

LEgati ſi in loco legationis ante legationem contraxerint, non poſſunt ibi tempore legationis conveniri; ſed privilegium habent

bent revocandi domum, id eſt, poſſunt petere, ut cauſa ad locum, in quo habent domicilium, remittatur. *l.* 2. §. *legatis.* & §. *ſeq. ff. de judic.* Ratio eſt, ne a legationis officio, quod reipub. cauſa ſuſcipitur, privatis negotiis & litibus avocentur, & ita impediatur legatio. Quod ſi vero in ipſa legatione contraxerint, hoc privilegium non habent, quia ſibi imputare debent, quod ſua ſponte ſibi hanc obligationem injunxerint. *l. non alias.* 24. *l. interdum.* 36. §. *fin. l. cum furioſus.* 39. §. 1. *ff. de judic.*

Sed in hoc articulo pugnat *l.* 8. *ff. de judic.* cum *l. eum qui.* 5. §. *Julianus. ff. de conſtit. pecun.* In §. *Julianus.* dicitur, ſi legatus in legatione conſtituit ſe Romæ ſoluturum, id quod in provincia debebat, quod ſic obligetur, ut jus revocandi domum amittat.

Contrarium in *d. l.* 8. ſtatuitur, ubi dicitur, quod ſi quis conſtituerit in legatione, quod ante legationem debebat, non cogi eum ibi judicium pati. Reſp. Ex communi DD. ſententia, quod in *d.* §. *Julianus.* nominatim actum intelligatur inter contrahentes, ut in loco legationis, Romæ puta, ſolveretur. Idque probant ſequentia Ulpiani verba adverſative concepta. dum ait: *Sed ſi non cum Romæ eſſet, ſed adhuc in provincia, conſtituit ſe Romæ ſoluturum.* Quæ verba indicant etiam præcedenti caſu actum eſſe, ut Romæ ſolveretur. *Coſtal. ad. d.* §. *Julianus.* Itaque diſtinguendi ſunt tres caſus. Aut legatus Romæ conſtituit ſe Romæ ſoluturum, quod in provincia contraxit, & tunc Romæ conveniri poteſt. Aut legatus in provincia conſtituit ſe Romæ ſoluturum, & Romæ legationis tempore conveniri non poteſt, alio tempore poteſt. Aut Romæ ſe conſtituit ſoluturum ſimpliciter, non adjecto loco, quod ſcilicet in provincia contraxit; & tunc Romæ conveniri non poteſt, quia principaliter Romæ non contraxit, ſed in provincia. atqui conſtitutum ſemper imitatur cauſam & originem prioris & veteris contractus. *l. qui id quod.* 33. *ff. de donat. Cujac. lib. obſ.* 13. *c.* 17. Comprobat hanc ſententiam *Nicolaus Genoa in conciliat. legum pugnantium, conciliat.* 29. ubi me una cum Cujacio laudat hujus ſententiæ & diſtinctionis auctorem.

ASSERTIO LXIX.

Ubi acceptum eſt ſemel judicium, ibi & finem accipere debet.

UBi acceptum eſt judicium, id eſt, ubi lis conteſtata eſt, ibi & finem accipere debet. Unde emergente novo privilegio poſt inchoatum judicium, alio evocari aut deduci negotium, de quo agitur, nequit. *l. ubi.* 30. *ff. de judic.* Itaque ſi quis poſt litem conteſtatam factus eſt alterius fori, ut ſi forte ſit miles, clericus, vel ſcholaſticus effectus, qui non poſſunt conveniri niſi in certo

foro, non poteſt pretextu ſupervenientis privilegii mutare forum; aut cauſam a judicio, in quo lis cœpta eſt, avocare. Imo qui in jus vocatus eſt qui nedum, litem conteſtatus eſt, obveniente dignitate aut militia non poteſt mutare forum. Præventio enim ſeu inchoatio cognitionis impedit mutationem fori. *l. pen. ff. de juriſd. l. ſi poſteaquam. 7. ff. de judic.*

Quatuor huic ſententiæ obſtant: Primo *l. qui autem.* 12. *ff. ſi quis caut. in jud. ſiſtend. &c.* ubi dicitur, quod qui novo privilegio utitur in lite, non videtur in eadem cauſa ſiſti a fidejuſſoribus. Ergo poſt cœptum judicium licet novo privilegio uti, & per conſequens mutare ſive declinare forum. Reſp. Hæc conſequentia non eſt firma. Poteſt quis novo privilegio uti, ut puta ſi debitor impetravit inducias quinquennii a principe. *l.* 2. & *l. univerſa. C. de precib. Imp. offerend.* At judicio ſemel accepto non licet novo privilegio fori uti.

Secundo objicitur *l.* 3. §. *adeo. C. ubi ſenat. vel clariſſ. &c.* ubi de delictis a ſenatoribus commiſſis, poteſtas cognoſcendi permittitur tantum ſacro cognitori Principis; ſed jus definiendi & pronuntiandi ſoli Principi datur. Hoc jus ſpecialiter conceditur illuſtribus perſonis favore dignitatis, ut licet de eorum delictis alii judices cognoſcant, tamen ſoli Principi ultio & animadverſio in eas perſonas concedatur.

Tertio adverſatur *l. ſolent.* 6. *in princ. ff. de off. proconſ.* ubi legatus proconſulis cognoſcit de criminibus, ſed non pronuntiat. Reſp. Hoc ſpeciali quoque jure conſtitutum eſt, quod proconſul poſſit quidem mandare cognitionem criminum legato ſuo, ſed tamen ſibi tenetur reſervare pronuntiationem vel animadverſionem. Idque ex ea ratione, quia ea quæ ſunt meri imperii, ut eſt, poteſtas ſtatuendi de criminali negotio, non poſſunt delegari. *l. nemo poteſt.* 70. *ff. de R. J. l. ſi quid erit. ff. de off. proconſ.*

Poſtremo obſtat *l. argentarium.* 45. §. *ult. ff. de judic.* ubi cœpto judicio in uno loco, tamen ad alium judicem cauſa transfertur. Reſp. Ibi ad alium judicem recurritur de neceſſitate pro executione ſententiæ facienda, non pro proſecutione ejuſdem inſtantiæ. *Bart. in l.* 51. §. *ult. ff. de judic.* Quoties enim condemnatus bona habet in territorio alterius magiſtratus, quam qui ſententiam dixit, poſita, tunc poteſt judex qui eum condemnavit, per literas requiſitorias petere a judice loci, in quo reus habet bona ſita, ut ſententiam in iis bonis exequatur: quod judex iſte per literas requiſitus facere tenetur. *l. a D. Pio.* 15. §. 1. *ff. de re judic. l. properandum.* 13. §. *ſin autem reus.* 3. *C. de judic.*

ASSER-

ASSERTIO LXX.

In bonæ fidei judiciis, qui debet ſub conditione vel in diem, ad præſtandam cautionem ante diem vel conditionem cogi poteſt ex juſta cauſa.

PRobat hanc aſſertionem apertus & expreſſus text. in *l. in omnibus*. 41. *ff. de judic.* Sententia *l.* hæc eſt: Ante diem vel conditionem res debita peti non poteſt, verum plerunque recte petitur cautio de debito præſtando, cum dies venerit, vel conditio extiterit. Et ſi petatur ea cautio, ex juſta cauſa fit condemnatio. Juſtæ autem cauſæ ſunt, ſi debitor de fuga ſit ſuſpectus, ſi labatur facultatibus: tunc enim ante diem obligationis, creditor ad interponendam cautionem agere poteſt. Hæc autem deciſio tantum obtinet in bonæ fidei judiciis, ſive ſint generalia, ut eſt petitio hereditatis, actio pro ſocio, negotiorum geſtorum; ſive ſpecialia, ut eſt actio mandati, commodati, depoſiti. *l. pro ſocio*. 38. *ff. pro ſoc. l. quod ſi in diem*. 16. *ff. de petit. hered.* Videtur etiam huic deciſioni locus eſſe in actionibus arbitrariis; nam in iis fere tantum poteſt clauſula arbitrii, quantum in judiciis bonæ fidei, clauſula bonæ fidei. *l. quæſitum*. 14. *ff. de pign.* In ſtrictis judiciis huic deciſioni non eſt locus, in quibus ante diem debitæ pecuniæ non recte petitur cautio, niſi cum bonorum petitur ſeparatio. *l.* 4. *ff. de ſeparat.* text. eſt notabilis in *l. quoties*. 47. §. *ſi ſemel*. 2. *ff. de pecul. Cujac. lib.* 17. *obſ. c.* 37.

Objicitur *l.* 2. *in princ. ff. de hered. vel act. vend.* ubi dicitur, quod venditor hereditatis non tenetur emptori ſatiſdare de evictione. Reſpondet Cujacius, quod in bonæ fidei judiciis tenetur quidem debitor cavere, ſed non ſatiſdare, id eſt, tenetur ſimpliciter repromittere, ſed non cogitur ſatiſdare datis fidejuſſoribus. Verum hæc reſponſio non ſatis firma videtur: nam ſi hoc eſſet verum, tunc modicum effectum haberet prædicta deciſio, quia tantam cautionem haberet creditor poſtea, quantam habuit prius. Verius itaque & rectius reſpondet *Bart. ad d. l. in omnibus*, quod etiam ſatiſdare cogatur debitor in bonæ fidei judiciis pro futuro debito, ſed ita demum, ſi ſubſit juſta cauſa, ut puta ſi debitor labatur facultatibus, vel ſit ſuſpectus de fuga vel dilapidatione. *l. ſi creditores*. §. *plane*. *ff. de privil. credit.* Hoc eſt quod dicit *d. l. in omnibus. ex juſta cauſa*. Si vero nulla ſubſit juſta cauſa, tunc ſatiſdare non compellitur. Ita intelligenda eſt *d. l.* 2. Quod tamen ita intelligendum eſt, ſi juſta illa cauſa de novo ſupervenerit poſt contractum. Aliud eſt, ſi eadem cauſa ſuberat tempore contractus, quia

tunc non poteſt peti cautio de novo. *l. ſi ab arbitro.* 10. *ff. qui ſatiſd. cog.*

Secundo obſtat huic concluſioni *l.* 1. §. 2. *ff. de uſur.* ubi negatur in bonæ fidei judiciis ante diem præſtari cautionem futuri debiti. Nam ait lex judicem poſt condemnationem non poſſe exigere cautionem ob uſuras futuri temporis, id eſt, ob rei judicatæ uſuras. Sciendum eſt, ſententiam inhibere curſum uſurarum, etiamſi debitum fuerit uſurarium. Uſuræ currunt in diem uſque ſententiæ: lata ſententia ſiſtuntur: poſt tempus ad judicatum faciendum a lege conceſſum rurſum currunt. Verum poſt tempus judicati faciendi judex de iis præſtandis non exigit cautionem *d. l.* 1. verſ. *nec tamen judex.* Breviter dicendum, judicem in ea ſpecie perfunctum eſſe ſuo officio: nam condemnavit reum in ſortem & uſuras uſque ad diem ſententiæ: poſt condemnationem deſinit eſſe judex. Ergo nihil ad eum pertinet ratio uſurarum futuri temporis poſt condemnationem: itaque earum nomine cautionem non exigit.

Neque ei legi quicquam obſtat *l.* 1. *C. de ſententia quæ ſine certa quant. proferatur.* ubi dicitur, judicem recte pronuntiare, ut uſuræ pendantur, quoad pecunia condemnationis fuerit ſoluta. Ergo poteſt pronuntiare de uſuris futuri temporis. Breviter dicendum, judicem in ea *l.* fuiſſe addictum actioni judicati; ergo non loquitur de primo judice, ſed de judice actionis judicati. hic ita pronunciavit, *Quouſque judicato ſatisfeceris, uſuras pendito:* quæ ſententia valet.

ASSERTIO LXXI.

Inter patrem & filiumfam. lis nulla conſiſtere poteſt.

INter patrem & filium in poteſtate conſtitutum nullæ actiones moveri poſſunt, niſi ex caſtrenſi peculio vel quaſi: nam in his peculiis filiusfam. pro emancipato habetur. text. ſunt in *l.* 4. *ff. de judic. l. actiones.* 7. *ff. de O. & A.* Ratio eſt, quia pater & filius idem videtur eſſe homo: atqui ſecum nemo ipſe litigare poteſt. Inter patrem vero & filium emancipatum judicium & lis conſiſtere poteſt: ſed ſi filius provocat patrem ad judicium, debet petere veniam a prætore. Edictum enim prætoris de in jus vocando pertinet ad filium emancipatum, qui venia a prætore impetrata, poteſt movere litem patri. Filius qui eſt in poteſtate, omnino non poteſt litigare cum patre. *l. adoptivum.* 8. *ff. de in jus voc.* ubi dicitur, filium qui eſt in poteſtate, magis jure patriæ poteſtatis, quam edicto prætoris, prohiberi in jus vocare patrem.

Contra hanc theſin ſic argumentor: Cauſa in integrum reſtitutionis eſt lis: nam vocare in judicium adverſarium oportet *l. ſi*

intra.

intra. 6. C. de reſt. in int. Appellatur actio in *l. etiamſi. 29. §. ult. ff. de min.* Lis actio eſt. At filiusfam. reſtituitur in integrum adverſus patrem minoris ætatis cauſa, ergo litigat cum patre. *l. 3. §. ergo etiam. ff. de min.* Species facti: Pater cum dotem dat filiæ, in continenti recte ſtipulatur ſibi reddi, ex intervallo non recte, niſi conſentiente filia. At ſi filia minor conſenſerit imprudenter, reſtituitur adverſus patrem. Ergo lis eſt inter patrem & filiam. Breviter dicendum, id fieri extra ordinem. Reſtitutio in integrum eſt extraordinaria, nec propria actio. Eſt cognitio prætoria: denique eſt extraordinaria. Præterea in ea ſpecie filiafam. litigat ex cauſa dotis, quæ ejus eſt propria effecta. *l. pater. 14. ff. ad l. Falc. l. 4. ff. de collat. bonor.* Hodie tamen ex conſtitutione Juſtinian. filiæ circumſcriptæ ratione ætatis, non datur reſtitutio in integrum adverſus patrem. *l. ult. C. qui & adverſ. quos in int. &c.* Addendum, filium etiam certis caſibus extra ordinem agere cum patre. Sic filiusfam. cogit patrem extraordinario remedio, ut ſe emancipet. *l. ſi cui legatum. 92. ff. de condit. & demonſt. &c.* Extra ordinem cogit filius patrem, ut ſe alat. *l. ſi quis a liberis. ff. de agnoſc. & alend. lib.* Summa hæc eſt: Jure ordinario nulla lis eſt inter patrem & filiumfam. extra ordinem vero ſæpe lis eſt. Adhæc notandus eſt adhuc ſingularis caſus, quo lis eſt inter patrem & filiumfam. quando ſcilicet pater invito filio detinet ejus uxorem: tum enim datur filiofam interdictum vel actio de uxore exhibenda & abducenda contra patrem. *l. 2. ff. de liberis exhib. l. ult. C. eod. l. ſi invita. 11. C. de nupt.* Quod & jure canon. ſimiliter obtinet per *c. non eſt vobis. 11. extr. de ſponſal.* ubi dicitur, quod per cenſuram eccleſiaſticam pater compellitur filio ſuo reſtituere uxorem, quam injuſte detinet.

Poſtremo opponitur *l. pactum. 4. C. de pact. convent. tam ſup. dot. &c.* ubi ſtatuitur, ſi mater cum patre ſuo pacto dotali convenit, ut ſi intra matrimonium deceſſiſſet, dos ſibi reſtitueretur, & verborum obligatio interceſſit, petitionem exequi non prohiberis: *maxime* (inquit textus) *ſi adhuc vinculis patriæ poteſtatis non adſtringeris.* Sed dictio *maxime* implicat. *l. fruſtra. 7. C. de re milit.* Ergo etiamſi filius adſtringeretur vinculis patriæ poteſtatis, petitionem exequi non prohiberetur. Reſp. Hoc ſpecialiter introductum eſt favore dotis. arg. *l. 1. ff. ſol. matr.*

ASSERTIO LXXII.

Executor ſententiæ, de viribus ejus cognoſcere & pronunciare non poteſt.

MAgiſtratus vel judex addictus actioni judicati, cognoſcit tantum, an pronuntiatum ſit, an prætor debitorem condemnaverit: non, an recte condemnaverit. *l. 6. & pen. C. de exec. rei*

jud. Alioqui ſi ei prætoris ſententiam retractare liceret, luſoria eſſent decreta & ſententiæ prætorum: quod admitti non debet. *l. ult. ff. ne quid in loc. publ. l. ſi prætor. 75. ff. de judic. c. paſtoralis.* 27. §. *quia vero extr. de off. & pot. de leg.* Et hoc eſt quod vulgo apud Gallos in praxi dicitur, *Sergeant n'a connoiſſance de cauſe.*

Obſtat primo huic deciſioni *l. a D. Pio.* §. 1. & §. *ſi rerum. ff. de re jud.* ubi judex datus ad exequendam ſententiam, cognoſcit & pronuntiat de rebus & controverſiis, quæ in executionem veniunt. Reſp. ſub diſtinctione Bartoli in *d.* §. 1. Quædam ſunt exceptiones, quæ reſpiciunt merita principalis cauſæ, & de illis judex executor cognoſcere non poteſt, ſed negotium remittere debet ad priorem judicem. *l. pen. ff. de confeſ.* Aut exceptiones pertinent ad eas res, in quibus fieri debet executio, & de his executor cognoſcit & judicat. *d.* §. *ſi rerum.*

Secundo pugnat *l. ſi prætor. 75.* §. *Marcellus. ff. de judic.* Ubi traditur, quod ſi ex falſis allegationibus per dolum actor ſententiam conſecutus eſt, hoc caſu judex ad executionem datus cognoſcit, non tantum an judicatum ſit, ſed etiam an ex falſis probationibus ſit judicatum. Quod ſi ita eſſe compererit, pronunciabit, ex falſis argumentis ſententiam non eſſe jure latam. *l. 4. C. ſi contra jus vel util. publ. &c.* Reſp. Sententia lata ex falſis allegationibus contra abſentem, eſt ipſo jure nulla, arg. *l. 1. C. ſi tut. vel cur. falſ. alleg. excuſat. ſit.* Si vero contra præſentem eſt lata, tunc ope reſtitutionis in integrum eſt reſcindenda. *l. Divus. ff. de re jud.* Ideoque cum talis ſententia ſit inutilis & nulla, vel ſaltem per in integrum reſtitutionem retractanda, judex eam executioni non mandabit, ſed exceptionem falſi admittet. *Bart. in d. l. ſi prætor.*

Tertio adverſatur *d. l. ſi prætor.* verſ. *Paulus notat.* ubi dicitur, ſi quis condemnatus ſit tanquam contumax, qui neceſſarias & juſtas habuit abſentiæ cauſas, veluti adverſam valetudinem, aut majoris rei occupationem. *l. contumacia. 53.* §. *pen. ff. de re jud. l. pen. C. quomod. & quand. jud. ſentent. proferre &c.* tunc judex addictus executioni judicati non debet ſententiam exequi, ſed allegationes, quod ex juſta cauſa abſens fuerit inique condemnatus, audiet. Reſp. Ibi abſens aliquis tanquam contumax condemnatus erat, qui tamen non fuerat vere contumax, ſed ex probabili cauſa judicio abfuerat: ideoque eo caſu prætor reum abſentem propter deſertionem litis non rite condemnatum ad defenſionem cauſæ reſtituere debet. *l. 4. C. de procurat. l. ait prætor.* §. *ult. ff. de min. Cujac. lib. obſ. 25. c. 38.* Vide latius de hac quæſt. *Menoch. in arbitrar. jud. lib. 1. quæſt. 38.*

Asser-

ASSERTIO LXXIII.

Debitor in loco contractus conveniri poteſt, ibique ſe defendere debet.

Actor ſequi debet forum rei, non vero reus forum actoris. *l.* 2. *C. de juriſd.* Tribus autem locis reus forum ſortitur in cauſis civilibus. Primo ratione domicilii: ibi enim principaliter & indubitate conveniendus eſt debitor, ubi habet domicilium, rerumque ac fortunarum ſuarum ſummam conſtituit, ubi aſſidue moratur. *l.* 2. *C. ubi ſen. vel clariſſ. &c. l. cives. C. de incol.* Secundo ibi forum competens habet reus, ubi res eſt ſita, de qua agitur. *l. ult. C. ubi in rem act. exerc. deb.* Tertio forum ſortitur reus ratione contractus, vel quaſi, ut in eo loco conveniri poſſit, ubi contraxit, licet ibi domicilium non habeat. *l. heres.* 19. §. 1. *l.* 36. §. *ult. l. argentarium.* 45. *ff. de judic.* Ita demum tamen reus in loco contractus poteſt conveniri, ſi ibi inveniatur. *d. l. heres. in princ.* quia in contractibus remiſſio locum non habet. *c. Romana.* §. *contrahentes. de for. comp. in* 6. Creditori tamen ſic contra abſentem eſt proviſum, ut ſi quæ bona debitor habeat in loco contractus, in eorum bonorum poſſeſſionem prætor mittat creditorem, eaque debiti ſervandi cauſa eum jubeat poſſidere. *d. l. heres.* §. 1.

Opponitur *l.* 1. *C. de nundin. & mercat.* Ubi conſtituitur, quod negotiatores tempore nundinarum non conveniantur de contractibus ibi habitis, neque eorum merces ob debita detineantur. Reſp. Hoc eſt ſingulare privilegium nundinarum, quod Impp. iis locis & civitatibus indulſerunt, quæ habent jus exercendi nundinas. Hoc tamen ita intelligendum eſt, ut venientes ad nundinas non poſſint ibi de debitis alio tempore, quam in nundinis contractis conveniri & arreſtari. Cæterum de debitis in nundinis contractis poſſunt ibidem judicio conveniri. Nam niſi hoc ita eſſet, poſſent infinitæ fraudes committi, quibus nemo obviare poſſet. Poſſent enim peregrini mercatores ex longinquis regionibus ad nundinas confluere, multaſque ibi merces comparare, & tandem nulla facta ſolutione ſe ſubducere. Quo facto vel ſolutionem eluderent, vel magnis ſumtibus & periculis creditorem in exigendo debito onerarent. Ita notatur in *addit. ad Marant. diſt.* 9. *judic. num.* 96.

Secundo adverſatur *l. exigere.* 65. *ff. de judic.* ubi traditur, quod mulier ſoluto matrimonio non poſſit repetere dotem in loco contractus matrimonii vel promiſſionis dotis, ſed in loco domicilii mariti teneatur exigere dotem. Hic negatur poſſe mulierem convenire virum, vel ejus heredes in loco contractus, ubi ſcilicet matrimonium eſt contractum, vel dos promiſſa: nam & dotis promiſſio appellatur contractus, in *l. contractus.* 23. *ff. de R. J.* Reſp.

Elegans ratio adfertur a JC. in *d. l. 65.* cur mulier dotem in loco contractus matrimonii vel dotis non repetat, quia per eum contractum mulier migrat in alium locum, id eſt, talis eſt contractus, ut ex eo ſtatim mulier migret in alium locum, & fiat mutatio fori. Igitur non locus contractus ſpectatur, ſed ille in quem fit migratio. Hac ratione non aget mulier, ubi eſt contractum matrimonium, ſed aget in eo loco, in quem ex matrimonio migravit: migrat autem per matrimonium mulier in domicilium mariti, idque retinet, quoad alteri nupta ſit. *l. filii. 22. §. 1. l. ea qua deſponſa eſt. 32. ff. ad municipalem.*

Ex qua ſententia *d. l. exigere.* colliguntur duæ pulchræ deciſiones. Prima eſt, quod in lucranda dote, attendetur conſuetudo loci ipſius viri. Itaque ſi in loco domicilii mariti ſtatutum diſponat, quod uxore decedente ſine liberis, maritus lucretur certam partem dotis, ſed in loco domicilii uxoris, ubi eſt celebratus contractus dotis, alia eſt conſuetudo, attendetur ſtatutum loci, in quo maritus habet domicilium. Ita tradit *Afflict. deciſ. Neap. 226. Sneidew. ad inſt. de ſucceſ. int. vir. & ux. num.* 4. Secunda, in bonis acquiſitis conſtante matrimonio, ſequimur conſuetudinem loci, ubi domicilium habet maritus non veri loci, ubi bona ex contractu matrimoniali ſunt quæſita. Itaque ſi degant maritus & uxor Lugduni in Gallia, (ubi jus commune ſcriptum ſervatur, quod ſcilicet bona acquiſita conſtante matrimonio ad maritum pertineant, niſi mulier demonſtret unde habuerit. *l. Quintus Mucius. 51. ff. de don. int. vir. & ux. l. etiam. 6. C. eod.*) & comparaverit maritus conſtante matrimonio prædium Lutetiæ, ubi conſuetudo eſt, quod bona acquiſita inter conjuges communicentur; mortuo marito uxor non habebit partem in acquiſito prædio Lutetiæ, ſed in ſolidum ad mariti heredes pertinebit, quia in lucris nuptialibus attenditur locus domicilii mariti, non locus contractus. Ita in curia Pariſienſi judicatum eſſe notat *Coſtal. ad. d. l. exigere.*

ASSERTIO LXXIV.

Naturalis rei interitus poſt moram contingens, pertinet ad debitorem, niſi res eodem modo apud creditorem peritura fuiſſet.

Si res fatali caſu peremta eſt, veluti ſi jumentum mortuum, aut fundus chaſmate abſumtus ſit, quæſitum, cujus eſſet periculum? Diſſidium fuit in hac quæſtione inter Proculianos & Sabinianos. Diſtinguebant Proculiani, ut ſi res non erat interitura apud actorem, teneretur reus de interitu: hoc eſt, ſi actor, qui venalitiarius, aut negotiator erat, equum aut ſpeciem acceptam ſtatim diſ-

diſtraxiſſet, & pretium lucratus fuiſſet, tunc reus interitum rei ſuſtineat, & æſtimationem ſpeciei peremtæ præſtet. *l. cum res.* 47. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. illud.* 40. *ff. de pet. hered. l. ſi plures.* §. *illud. ff. depoſ.* Si vero peritura æque res fuiſſet apud actorem, ut ſi non diſtracturus erat rem petitam, abſolvendus eſt debitor, & naturalis interitus pertinebit ad actorem. Sabiniani ſine ulla diſtinctione præciſe abſolvendum volebant debitorem, moti potiſſimum hac ratione, quod fata ſint omnibus æqua, & evitari a nullo debitore poſſint. Ideoque cum res fato & naturali interitu periiſſet, licet mora nulla intervenerit, nihil eſt, quod debitori imputari poſſit. In hoc articulo controverſo retinenda eſt diſtinctio Proculianorum, tanquam veriſſima, quæ multis legibus inculcatur. *l. item ſi.* 15. §. *ult. ff. de rei vindicat. l. de eo.* §. *ſi poſt. ff. ad exhib.* Hæc vero diſtinctio obtinet tantum in malæ fidei poſſeſſore, & bonæ fidei poſſeſſore improbe litigante. Cæterum bonæ fidei poſſeſſor, qui juſtam habet litigandi cauſam, abſolvitur a naturali rei interitu, quia non dicitur facere moram. *d. l.* 15. §. *fin.* & *l. ſeq. d. l. illud.* quia non debet propter mortalitatis periculum temere jus ſuum indefenſum relinquere, id eſt, bonæ fidei poſſeſſor, quia jus ſuum defendit, & ad litigandum venit ſincero animo, dum exiſtimat ſe bonam cauſam habere, non debet hoc ei damnum adferre. *Cujac. ad Afric. ad l. ſi ſervus.* 108. §. *ſi ſervus. ff. de leg.* 1. & *in* 23. *de V.O.*

Contra hanc deciſionem adfertur *l. ſi filiofam.* 25. §. *ſi poſt. ff. ſoluto matr.* Ait lex, ſi poſt moram in reddenda dote res dotales perierunt, maritum omnimodo æſtimationem præſtiturum. Reſp. cum Cujacio: Lex vult indiſtincte maritum præſtare naturalem interitum rei, non habita diſtinctione, an culpa vel caſu fortuito res perierit; & ſic omnimodo, ſine diſtinctione culpæ vel caſus fortuiti, maritus poſt moram tenetur ad rei dotalis extinctæ æſtimationem. attamen non excluditur iſta diſtinctio, an res apud actorem fuiſſet perinde peritura nec ne. de iſta diſtinctione ibi non agitur.

Ab hac diſtinctione excipiuntur fures, prædones, & qui metum intulerunt; qui re extincta poſt moram indiſtincte tenentur de interitu, ſive res apud actorem æque peritura fuiſſet, ſive non. Ratio eſt, quia hi non tantum in ſimplici mora, ſed etiam in delicto verſantur, & ex ipſo tempore delicti pluſquam fruſtratores impii debitores exiſtunt. *l. item ſi.* §. *quatenus. ff. quod met. cauſ. l. merito.* 19. *ff. de vi & vi arm. l. ult. ff. de condict. furt.* Latius & plenius de hac quæſtione differentes conſule *Hotoman. in illuſt. quæſt. quæſt.* 28. & *Fachin lib.* 2. *controverſ. cap.* 71. & *lib.* 8. *c.* 101.

Assertio LXXV.

Rei vindicatio datur contra eum, qui poſſidet vel detinet rem noſtram.

Datur actio rei vindicationis regulariter contra eum qui poſſidet, hoc eſt, rem & animo & corpore habet, per ſe vel alium, *l.* 3. §. *quod ſi ſervus.* & §. *ſaltus. ff. de acq. poſſ. l.* 3. §. *ult. ff. ad exhib.* Præterea & contra eum datur, qui nudam habet & corporalem rei detentionem. Hinc poteſt dominus quoque a depoſitario, commodatario, colono vel inquilino rem ſuam vindicare. *l.* 2. *ff. commod. l. officium.* 9. *ff. de rei vindicat.*

Verum opponitur, quod dominus idemque poſſeſſor agere, & rem ſuam vindicare non poteſt ab eo qui non poſſidet: quia repugnat regula tradita in §. *aeque. inſt. de act.* quæ habet, quod in controverſiis rerum corporalium non agit is quis poſſidet. concord. *l.* 1. §. *pen. ff. uti poſſid.* Atqui dominus eſt poſſeſſor, non commodatarius, depoſitarius, vel colonus. *l. rei.* 8. *ff. commod. l. licet.* 17. §. *rei. ff. depoſiti. l. non ſolet.* 39. *ff. locat.* Ergo non debet contra hos detentores domino dari rei vindicatio.

Reſp. Non eſt abſurdum domino dari rei vindicationem adverſus quoſcunque occupatores rei ſuæ. Debet enim libera eſſe ac late diffuſa rei vindicatio, ut conſtet ac firma maneat politica diſtinctio dominiorum. Nec obſtat *d.* §. *aeque.* Nam & poſſeſſori, & præterea detinenti rem corporalem non eſt prodita actio in rem. Sed ſi alius eam detineat, publica utilitas exigit eam actionem non denegari.

Assertio LXXVI.

Publiciana actio poteſt cum rei vendicatione in eodem libello conjungi.

Quæſtio anceps & gravis eſt inter DD. an poſſit actor in eodem libello cumulare rei vindicationem cum Publiciana. Et quidem prima facie non videbatur poſſe has actiones ſimul proponi: quia Publiciana datur non domino, rei autem vindicatio competit vero domino. *l. ſi ab eo.* 18. *ff. de pign.* quæ videntur inter ſe contrarietatem quandam habere. Sed verior eſt ſententia, quod poſſit utraque actio ſimul intentari, valetque libellus, quo actor petit declararj fundum ad ſe pertinere jure dominii, vel quaſi, ut probatur in *c. abbate. de re jud. in* 6. Et conſuetudo recipit iſtam petendi formulam ex optimis rationibus, traditis ab *Oldend. cl.* 3. *act.* 3. *in aff. remed.*

Sed

Sed objicitur huic ſententiæ, quod contrariæ actiones ſimul non admittuntur, per vulgatam regulam *l. 1. C. de jure domin. impetrand. l. unic. C. ſi ſervus extero ſe emi mandaverit. l. nemo ex his. §. quoties. ff. de R. J.* Atqui videntur contrariæ eſſe actiones, rei vindicatio & Publiciana, quia rei vindicatio datur vero domino, Publiciana vero ei competit, qui rem aliquam a non domino comparavit, & nondum uſucepit. *l. 1. ff. de Publ. act.* Reſp. Publiciana & rei vindicatio non ſunt actiones contrariæ, ſed potius inter ſe ſunt adfines, & altera alterius ſupplemento perficitur. Sicut enim quaſi dominium non eſt contrarium dominio, ſed tam affine directo dominio, ut aliquando dominii loco pœne ſit. *l. bona fidei. 48. ff. de acq. rer. dom.* ita etiam judicare oportet in duabus hiſce actionibus affinitatem eſſe conjunctiſſimam, non vero contrarietatem; cum rei vindicatio competat pro dominio, Publiciana vero pro quaſi dominio vindicando. Et certe multum utile eſt domino cum rei vindicatione conjungere Publicianam, quia difficillima eſt probatio dominii, cujus probatio neceſſaria eſt quidem in rei vindicatione, ſed in Publiciana ſufficit probare titulum, bonam fidem & poſſeſſionem. *l. cum res. 12. C. de probat.*

Secundo objicitur, quod libellus incertus vel alternativus non valet, ſed rejici poteſt ab adverſario: nam actor certam actionis ſpeciem edere debet in libello, ut cognoſcere reus poſſit, utrum cedere an contendere debeat. *l. 1. ff. de edend. l. 3. C. eod.* Atqui qui proponit rei vindicationem & Publicianam ſimul, alternativum & incertum libellum offert. Ergo talis petitio non eſt admittenda. Reſp. Quoties actor agit ex facto adverſarii vel alieno, incertus eſt de jure ſuo, tunc quia nihil ei poteſt imputari, admittitur libellus alternativus. *l. 1. §. quia autem. ff. quod legat.* Hanc ſententiam, quod rei vindicatio cum Publiciana cumulari poſſit, & quod in praxi ita ſervetur, teſtatur. *Oldend. d. loco.* Quæ fuit ſententia ſubtilium Ultramontanorum, in quam etiam inclinant *Jaſon* & *Zazius in §. ſed iſta. inſt. de action.* Diſſentiunt ab hac opinione *Faber ad d. §. ſed iſta. num. 8. Dynus num. 20. Harprecht num. 15. Vultej. num. 11. 12. & 20.*

ASSERTIO LXXVII.

Arbor alluvione in agrum alienum tranſlata, ejus ſit, cujus fundo adhæret.

QUod per alluvionem ex agro unius flumen adjicit fundo alterius, id alteri acquiritur. Quod adeo verum eſt, ut ſi longiori tempore adhæſit portio agri fundo vicini, arboreſque quas ſecum traxerit, ibi radices egerunt, vicini fundo ex eo tempore per alluvionem acquiſitæ cenſentur. Traduntur hæc expreſſe in §. *per alluvio-*

luvionem. inſt. de rer. diviſ. Ratio eſt, quia quod radices in ſolo agit, ſolo cedit, veluti pars ejus. §. *ſi Titius inſt. eod.*

Objicitur *l. 5. §. pen. ff. de rei vindicat.* quæ utilem in rem actionem priori domino concedit, cujus arbor in alieno ſolo radices egit. Reſp. Textus ille accipiendus eſt, quando arbor tranſlata eſt facto hominis, ut tunc detur priori domino arboris utilis in rem actio, ad æſtimationem arboris. Si vero per alluvionem tranſlata ſit arbor, priſtinus dominus non habet actionem ad vindicandum dominium arboris, quod amiſit per alluvionem. Ratio eſt, quia flumina funguntur vice cenſitorum, & ex publico privatum efficiunt, & unius privati prædium alteri attribuunt per naturalem fluminis curſum. ſic vulgo dicitur: *Die waterſtroomen konnen gelijck die Richters nemen ende geven. Additio ad gl. in d. §. per alluvionem.* per *l. hoc amplius. 9. §. Alphenus. ff. de dam. inf.* Alii hoc modo reſpondent, quod priori domino arboris non detur utilis actio ad ipſam rem ſeu arborem vindicandam, ſed ad æſtimationem arboris, ad inſtar ejus, quando per ferruminationem aliquid alienæ materiæ junctum eſt, puta ſi pes aut brachium alienæ ſtatuæ per ferruminationem junctum eſt. *l. in rem. 23. §. item quæcunque. ff. de rei vindic.* Arbor enim in alieno agro plantata ejus fundi domino cedit, in cujus ſolo radices egit. *l. adeo. 7. §. ult.* & *l. ſed ſi ex meis. 26. §. ult. ff. de acq. rer. dom.* Ita tradit *Accurſ. ad d. l. 5. §. pen. ff. de rei vindicat.*

ASSERTIO LXXVIII.

Ad emphyteuſin neceſſaria eſt ſcriptura.

SEntentia hæc probatur in *l. 1. C. de jur. emph.* in qua Imp. ablativis abſolute poſitis utitur, *pactionibus interveniente ſcriptura habitis*, quorum ea eſt natura, ut conditionem importent. *l. a teſtatore. 109. ff. de cond. & dem. l. acceptis. 93. ad l. Falc.* conditio autem præciſe & in forma ſpecifica impleri debet. *l. qui heredi. 44. l. Mævius. 55. ff. de condit. & demonſtr.* Secundo hoc manifeſta ratio ſuadet: quippe cum emphyteuſis plerunque perpetuo, & in tempus memoriam hominum excedens concipiatur, hominum autem memoria ſit labilis, facileque teſtes mori poſſint; certe ſi teſtes ſufficerent, facile poſſent perfidi emphyteutæ, eorumque heredes poſſeſſionem intervertere, domino inficiari jus ſuum, & eum dominio rei ſuæ injuſte privare, aſſerendo rem ad ſe pleno jure pertinere. Ideoque litteris fideliſſimis rerum cuſtodibus hic contractus committendus eſt. *Coraſ. ad d. l. 1.* ubi notanter hanc concluſionem ita limitat, quod inſtrumento emphyteutico amiſſo, poſſit ejus tenor & ſeries teſtibus probari. *l. ult. C. de jur. emph. c. cum olim. extr. de privil.* Sic enim in ſimili de actis judicialibus reſponſum eſt, quod licet ſcripto conſignari debeant, *l. ult. C. de*

re jud. c. quoniam. extr. de probat. tamen amiſſa ſcriptura per teſtes probari poſſunt. *Lanfran. in d. c. quoniam.* Hinc recte *Gloſſator in c. 1. de cenſib.* nullius momenti tradit eſſe emphyteuſin, niſi ſcriptis mandetur, eaque ſententia communi interpretum conſenſu probata eſt. *Olden. claſ. 5. de act. emphyt. Salic.* & *Jaſ. in d. l. 1.*

Contrariam ſententiam adſtruit *Gloſ. in d. l. 1.* ubi hanc opinionem ultimo loco refert, cui Bart. & Jaſon adſtipulantur, & noviſſime *Connan. lib. 7. com. c. 12. Weſemb. in parat. ſi ag. vect. pet.* Quam opinionem conſuetudine firmari ſcribit *Bart. in d. l. 1. Spec. in §. nunc aliqua. num. 5. de emphyt.* Itaque in hac opinionum varietate ſpectandum imprimis, quid conſuetudine receptum ſit: optima enim legum interpres eſt conſuetudo. Quod ſi de conſuetudine certo non conſtet, (eſt enim conſuetudo facti. *c. 1. de conſtit. in 6.* ideoque non præſumitur, niſi probetur. *l. 4. ff. de cuſt. & exhib. reor.*) tutius erit juri ſcripto & communi opionioni adhærere. *Clar. in tract. de emphyt. quaſt. 4.*

Objicitur, quod præſcriptione emphyteuſis acquiri poteſt, arg. *l. ult C. de fund. patrim. l. comperit. 6. C. de praſcr. 30. ann.* Ergo non ſemper ſcriptura perficitur, quia ad præſcriptionem non eſt neceſſaria ſcriptura. Reſp. Quando præſcriptione emphyteuſis acquiritur, præſumit jus omnia rite & ſolenniter eſſe acta, & ſcripturam quoque interpoſitam eſſe, arg. *l. ſciendum. ff. de V. O. Spec. ad tit. de locat.* §. *nunc aliqua. num.* 81. & 169. ubi probat per antiquam præſtationem naſci conjecturam, quod omnia videantur ſolenniter & legitime præceſſiſſe, per *l. cum de in rem verſo. ff. de uſur. &* §. *ult. inſt. de fidejuſ.*

ASSERTIO LXXIX.

Emphyteuſis eſt contractus juris gentium, non civilis.

Contractus emphyteuticus juri gentium, non civili, adſcribi debet: quia non ſolum apud Romanos, verum alias quoque gentes ante conſtitutionem Zenonis emphyteuſis uſu recepta fuit. Sic *Ariſtot.* ſcribit *lib. 2. Oecon.* Byzantios, cum exhauſto ærario pecuniis indigerent, fundos publicos certa mercede locaſſe, fertiles ad tempus, ſteriles in perpetuum. Confirmatur hoc ſecundo, quod contractus emphyteuticus affinis & germanus eſt locationi, imo & emphyteuſis perpetua locatio dicitur. *l. 1. §. 1. ff. ſi ag. vect. pet. §. adeo. inſt. locat.* ergo eodem jure cenſeri debent. Tertio probatur a definitione juris gentium. Quicquid enim ejus eſt naturæ, ut inventum omnes gentes approbent, eoque utantur, juris gentium eſſe dicitur. *l. 1. l. omnes. ff. de juſt. & jur.* Atqui emphyteuſis ubi primum cognita fuit, tacito populi conſenſu, omniumque gentium uſu recepta & approbata eſt, unde ad jus gentium

legare & donare ſolemus. *l. 9. ff. ſi quid in fraud. patroni facti ſit. l. nec adjecit. 9. ff. pro ſocio.* Igitur non tenetur emphyteuta, nullis beneficiis a domino provocatus & ornatus, ei potius donare, quam alii amico bene merito. Ne autem dominus directus jure ſuo privetur, cui contra donatarium ſeu novum emphyteutam nulla competit perſonalis actio, utpote cum quo non contraxit, debet donatarius ab ipſo domino requirere, ut eum inveſtiat, & in rei emphyteuticæ poſſeſſionem mittat, quia non poteſt propria auctoritate novus emphyteuta poſſeſſionem ingredi: & ſic ei contra novum emphyteutam ſatis erit proſpectum ex nova conventione. debetque donatarius, idemque novus emphyteuta, in præmium inveſtituræ, domino quinquageſimam partem æſtimationis rei emphyteuticæ, laudemiæ loco perſolvere. *l. ult.* & ibi *Coraſ. num. 9. C. de jur. emph.* Hæc eſt Azonis, Accurſ. & communis interpretum ſententia. in *d. l. ult.* quam ibi Jaſon refert viginti trium DD. auctoritate conſignatam eſſe; unde omnino ſequenda videtur, tametſi Irnerius, Cynus, Bartolus & plerique alii contrariam defendant. Quam etiam eleganter confirmat *Fornerius lib. 2. ſelection. c. ult.*

Opponitur ſecundo, quod ait Ulpianus: *Cui jus eſt donandi, eidem vendendi & concedendi jus eſt. l. cui jus. 163. ff. de R. J.* Unde colligi poſſe videbatur, emphyteutam, ſicut inconſulto domino donare poteſt, ita quoque vendere poſſe. Reſp. Iſta regula non procedit; ubi alia eſt vendendi, alia donandi ratio, ut hic. Sic & decurio prohibetur prædia ſua vendere ſine decreto judicis, poteſt tamen ea donare. *l. ult. C. de præd. decur.* facilius enim homines inducuntur ad vendendum, quam donandum, propter commoditatem pretii.

Tertio non refragatur prædictæ concluſioni *l. univerſas. C. ne rei domin. vel templ. vindic. &c.* ubi ſtatuitur, quod eccleſiæ vel reipub. bona emphyteutica nullo titulo oneroſo vel lucrativo alienari poſſunt. Reſpondendum enim, quod emphyteuta poteſt jus ſuum donare, modo citra fraudem, & cum hac proteſtatione donet, quod velit jus reipub. atque eccleſiæ per hoc ſalvum atque intemeratum manere. *d. l. 1. C. de fund. patr. Bald. in l. ult. C. de jur. emph.* Diſſentit *Fachin. lib. 3. controv. c. 97.* qui adſtruere conatur emphyteutam jus ſuum emphyteuticum non requiſito conſenſu domini alienare non poſſe, ſed argumento valde levi & frivolo.

Assertio LXXXI.

Acquiritur emphyteuſis præſcriptione XXX. *annorum in prædiis privatis, in fundis vero civitatis vel eccleſiæ* XL. *annis.*

Si quis XL. annis rem immobilem civitatis, fiſci, vel eccleſiæ, rem vero privati xxx. annis, ut emphyteuta poſſedit, certumque reditum annuum pro ea proſolvit, acquirit emphyteuſin, licet nunquam ei conceſſa fuerit. arg. *l. ult. C. de fund. patr. l. omnes. C. de præſcr.* 30. *ann. C.* 1. §. *ſi quis per* 30. *annos. Si de feud. defuncti content. ſit inter dom. & agn. vaſal. lib.* 2. *feud. tit.* 26. *Bart. in l. comperit. per illum text. C. de præſ.* 30. *ann.* Etſi enim naturalem tantum poſſeſſionem habet emphyteuta, quemadmodum fructuarius. *l. naturaliter.* 12. *ff. de acq. poſſ.* poſſeſſio autem ſola naturalis ad præſcribendum efficax non eſt. *l. acquiruntur.* 10. §. *fin. ff. de acq. rer. dom.* ipſum tamen jus emphyteuticum tam civiliter quam naturaliter poſſidet: ut mirum non ſit, utile ſaltem dominium per eum præſcriptione acquiri.

Objicitur *l. cum ſponſus.* 12. §. *in vectigalibus. ff. de Publ. act.* ubi dicitur, vectigalia prædia uſucapi non poſſe. Reſp. Vectigales fundi olim fere a civitatibus elocari ſolebant. *l.* 1. *ff. ſi ag. vect. &c.* Itaque quod dicitur ibi de prædiis vectigalibus, id de agris civitatum aut fiſci intelligendum videtur, qui longo tempore non uſucapiuntur. *l. uſucapionem. ff. de uſucap.* longiſſimo tamen tempore præſcribuntur. *d. l. omnes.*

Secundo objicitur *l. ſi finita.* §. *ſi de vectigalibus. ff. de dam. inf.* ubi dicitur, etiam in civitatibus longum tempus ad præſcribendum fundi vectigalis dominium ſufficere. Reſp. Non contra civitatem iſtic, ſed fundus vectigalis a civitate acceptus contra privatum uſucapitur. *Bald. in d.* §. *ſi de vectigalibus.* Vel ſi admittatur, quod contra civitatem ſeu municipium iſtic præſcriptio procedat, dicendum quod hoc jure digeſtorum obtineat, quo xxx. annorum præſcriptio adhuc erat incognita: ergo jure novo codicis xxx. annorum præſcriptione opus erit hoc caſu.

Assertio LXXXII.

Dominus non poteſt, ob non ſolutum canonem, emphyteutam propria auctoritate expellere ex fundo emphyteutico.

QUæſtionis eſt controverſæ, an, ſi emphyteuſis cecidit in commiſſum ob non ſolutum triennio canonem, ipſo jure, an per ſen-

ſententiam emphyteuta privetur jure ſuo. Et crebrius receptum eſt emphyteutam ipſo jure privari emphyteuſi, non expectata judicis ſententia, propterea quod lex domino facultatem tribuit repellendi, non quidem ſimpliciter, ſed præciſis diſtinctionibus utens, *omnino* & *omnimodo*. *l. 2. C. de jur. emph.* quarum dictionum ea vis eſt, ut inducant aliquid ipſo jure fieri. *Accurſ. in l. 1. §. ſi pecunia.* in verb. *omnino. ff. depoſiti.* Ita tenent *Bald. Salic.* & *Coraſ. in d. l. 1.* Contraria tamen ſententia æquior & probabilior eſt, quod ſcilicet requiratur decretum judicis, ſeu ſententia declaratoria, ut emphyteuta cadat ab emphyteuſi: nam & in eodem caſu, ſcilicet ob non ſolutum canonem, pronuntiatum eſſe a judice, fundum emphyteuticum ad dominum rediiſſe, probatur in *l. lex vectigali. ff. de pign.* Ita quoque decidit *Menoch. remed. 1. recup. poſſ. num.* 78. & 79. Plane ſive dicamus emphyteutam ipſo jure, ſive per ſententiam privari jure ſuo, ſemper tamen ſtatuendum eſt, ad expellendum eum judicis auctoritate & miniſterio opus eſſe. Non enim ſingulis concedendum eſt, quod publice per magiſtratum fieri debet. *l. non eſt ſingulis. 176. ff. de R. J. l. ſed ſi cujus. 13. §. ſed ſi inter duos. ff. de uſufr. l. dotis. 9. C. ſolut. matr.*

Objicitur *l. 2. C. de jur. emph.* quæ lex domino poteſtatem facit repellendi emphyteutam, Reſp. Verbum *repellendi* ad juris intellectum referri debet. Itaque non ſignificat ibi corporalem dejectionem, ſed legitimam expulſionem, quæ non fit de facto, ſed per juris remedia & competentes actiones. *l. extat. ff. quod met. cauſ. geſt. erit.*

Secundo objicitur *l. pen. C. de pig. act.* & *l. qui rationario. 30. ff. eod.* ubi dicitur, creditorem poſſe propria auctoritate & pacto auferre pignus a debitore. Si hoc licet ex conventione, multo magis legis auctoritate permittendum, quæ dat domino poteſtatem expellendi emphyteutam, quæ expulſio in proprio facto conſiſtit, ſicut & ereptio. *l. pen. ff. ne quis eum qui in jus voc. &c.* Reſp. Creditor poteſt propria auctoritate ex pacto pignus auferre, ſi debitor non reſiſtat, alias non. *l. 3. C. de pign.* ubi id notat *Azo contra Johannem*, quem communiter DD. ſequuntur. Itaque licet debitor creditori conceſſit facultatem propria auctoritate pignus occupandi, tamen ſi debitor facto vel verbis reſiſtat, non recte occupabit poſſeſſionem, niſi interveniente auctoritate judicis.

Tertio objicitur tale argumentum: Qui habet civilem poſſeſſionem, poteſt naturalem poſſeſſionem ingredi ab alio occupatam. *l. clam. §. qui ad nundinas. ff. de acq. poſſ.* Sed dominus rem emphyteuticam poſſidet civiliter. *gloſ. l. 3. §. ex contrario. ff. de acq. poſſeſ.* Ergo licet illi emphyteutam propria auctoritate expellere. Reſp. Ille demum qui naturalem poſſeſſionem injuſte occupavit, expelli poteſt, ſicut loquitur *d. §. qui ad nundinas.* Sed quia emphy-

 teuta

teuta voluntate domini naturaliter poſſidet, & juſtum initium habet ſuæ poſſeſſionis, ideo a domino non poteſt propria auctoritate expelli. Approbat hanc deciſionem *Fachin. lib. 1. controv. jur. c. 95.*

ASSERTIO LXXXIII.

Dominus ſi poſt ceſſationem triennii penſiones accipiat ab emphyteuta, aut ſi pœnam ſtipulatus ſit, ni penſiones ſolvat, poteſt emphyteutam nihilominus expellere.

PRobatur prima pars theſis per *auth. qui rem. C. de ſacr. eccl.* & §. *ſi quis vero. nov.* 120. ubi traditur, ſi empheyteuta eccleſiæ biennio non ſolvat canonem, poteſt a domino expelli, & præterea ad penſionem totius temporis præteriti ſolvendam tenetur. Poſterior pars probatur ea ratione, quia pœna adjecta eſt, ut aliquid ad obligationem accederet, itaque per hanc pœnam a beneficio ejectionis, quod jure communi competit, non cenſetur receſſum. Cum enim aliquid obligationi accedit, per hoc non eſt ab ea obligatione receſſum. *l. 4. §. ſi ex conventione. ff. de re jud.* Priorem ſententiam comprobat. *Coraſ. ad l. 2. C. de jur. emph. num. 32.* poſteriorem vero tuetur *Specul. ad tit. de emphyt. quæſt. 35.* & *Donel. lib. 9. com. c. 15.*

Objicitur *l. poſt diem. ff. de l. commiſſ.* ubi qui fundum vendidit ſub lege commiſſoria, hoc eſt, niſi ad calendas proximas pretium ſolvatur, fundus ſit inemtus, ſi venditor petat pretium poſt diem legi commiſſoriæ præſtitutum, & deinde velit uti jure commiſſi, non auditur: quia non licet ſimul & pretium & pœnam petere. *l. ult. ff. de eo quod cert. loc. &c.* Ideo non licet ibi agere ad pœnam commiſſi, & ſimul pretium petere, quia actor ſecum pugnat. nam petendo pretium, ratam facit venditionem: agendo ad pœnam commiſſi, impugnat venditionem. Quod diverſum eſt in emphyteuſi. Itaque recte petet penſiones jam debitas, & ſimul aget ad pœnam commiſſi, beneficio a lege ſibi conceſſo. Penſio enim debetur pro uſu temporis præteriti ex conventione, & jus expellendi conceditur illi a lege, ob ceſſationem emphyteutæ.

Secundo objicitur *l. 4. §. Labeo. ff. de dol. except. l. ita ſtipulatus. 115. ff. de V. O. l. reſcriptum. 10. §. 1. ff. de pact.* ubi dicitur, non poſſe ſimul pœnam exigi, & rem propter quam pœna promiſſa eſt. Reſp. Id obtinet, quando pœna per ſe non ſtat, ſed venit acceſſorie ad principalem obligationem. Tunc enim peremta principali obligatione ſortis, tollitur quoque acceſſoria obligatio pœnæ, uſurarum, & id quod intereſt. *l. qui per colluſionem. §. ult. ff. de act. empt. l. 4. C. depoſ.* Pœna vero dejectionis ab emphyteuſi non eſt acceſſoria, ſed æque principaliter petitur.

Tertio

Tertio obſtat *l. vectigalia* §. *ult. ff. de publ. & vect.* ubi dicitur, ſi conductor vectigalium, non ſolvat penſiones, poteſt expelli a jure vectigalis, vel ad uſuras penſionis conveniri. Ergo utrumque non recte petitur, ſcilicet ut emphyteuta expellatur ab emphyteuſi, & præterea ſolvat annuum canonem. Reſp. Ibi de duplici pœna tractatur, expulſionis nempe, & uſurarum penſionis non ſolutæ, quarum altera dominus debet eſſe contentus, ne duplici pœna conductor afficiatur; hic autem pœna ſtipulatione promiſſa, loco principalis debiti, ſeu annuæ penſionis, petitur.

ASSERTIO LXXXIV.

Interitus totius rei emphyteuticæ ſpectat ad dominum, particularis vero ad emphyteutam, neque ob ſterilitatem fit remiſſio canonis.

HÆc aſſertio ſtabilitur in *l.* 1. *C. de jur. emph.* ubi Zeno ſtatuit totius rei emphyteuticæ interitum ſpectare ad dominum, partis vero ad emphyteutam. Ex quo ſequitur, propter ſterilitatem fructuum, vel hoſtium incurſum & deprædationem non fieri remiſſionem canonis, ſed quod ſterilitas fructuum cedat damno emphyteutæ, quia ſterilitas fructuum multum differt a totali rei interitu.

Objicitur *l. ex conducto.* §. *Papinianus. ff. locat.* ubi dicitur, ob ſterilitatem fructuum remiſſionem mercedis fieri in fundo vectigali. Reſp. Hoc intelligendum eſt in ſimplicibus conductoribus publicorum fundorum, qui nihil a cæterarum rerum conductoribus differunt, non in emphyteuticis colonis.

Obſtat etiam *l.* 2. *C. de alluvion. l. forma.* 4. §. 1. *ff. de cenſib.* ubi dicitur, quod cenſus & tributa juxta augmentum & diminutionem rei creſcant & decreſcant. Reſp. Hoc fit diverſa ratione, quia non in recognitionem dominii, ſed pro modo agrorum, & ſecundum cujuſque facultates tributa indicuntur. *l. cum poſſeſſor.* 5. *ff. de cenſib. l.* 2. *C. de annon. & tribut.* Poteſt & ita reſponderi, quod illa lex loquatur de augmento rei, quando ſcilicet ager alluvione accreſcit, tunc penſio, quæ ſolvitur pro modo agrorum vel jugerum, quoque augeri debet. Diverſum eſt, ſi fructus agri diminuantur vel creſcant; propterea enim non debet canon emphyteuticarius augeri, vel minui. Pulchre *Pinellus ad l.* 2. *C. de reſc. vend. parte* 1. *cap.* 3. *num.* 34.

Tertio objicitur, quod etiam rei interitus pro parte contingens, domini periculo eveniat. per *l. ult.* §. *fin. ff. de pig. act.* Reſp. Penſio præſtatur propter rem ipſam, quo videlicet dominium ejus emphyteuta recognoſcat a domino: re ergo prorſus extincta, peremta quoque penſio dicetur, velut cauſam non habens, qua nitatur.

ſtatur. Atqui quamdiu ſupereſt res licet minima, durat quoque cauſa præſtandæ penſionis. *l. ſi cui inſula. 53. ff. de uſufr. l. 3. C. de fund. patr.*

Assertio LXXXV.

Emphyteuſis inter plures emphyteutas inconſulto domino poteſt dividi.

Probatur hæc aſſertio per *l. 10. ff. fam. erciſc.* ubi dicitur, actionem familiæ erciſcundæ locum habere inter plures heredes emphyteutæ, ad hoc, ut prædium emphyteuticum commune dividatur. Confirmatur etiam per *l. voluntas. C. de fideicom.* ubi traditur, quod licet pater prohibuit, ne liberi prædium extra familiam alienarent, tamen ejus prædii partem frater poteſt ſorori donare, & proinde prædium, quod prohibitum eſt alienari, dividi poteſt. Denique hæc ſententia comprobatur ex eo, quod vaſallus feudum dividere poteſt, nec per diviſionem cadit in commiſſum, niſi eſſet ducatus, comitatus, aut marchionatus. *c. imperialem. §. præterea. de prohib. feud. alien. per Fred.*

Objicitur *l. 7. ff. com. divid.* ubi dicitur, ſi inter plures emphyteutas fundus emphyteuticus ſit communis, judex abſtinebit a diviſione: ne diviſo fundo præſtatio canonis confundatur, id eſt, ne certus & perpetuus canon, qui quotannis integre domino ſolet præſtari, per partes recipiatur, cum præſtatio partium magna habeat incommoda *l. 3. ff. fam. erciſc.* Reſp. cum *Coſtal. ad d. l. 10.* Quando plures heredes emphyteutæ prædium emphyteuticum habent commune, tunc hoc prædium in actionem familiæ erciſcundæ quidem veniet, quia tota hereditas petitur dividi: ſed judex non poterit prædium certis regionibus dividere, id eſt, non poterit certis limitibus & finibus agrum emphyteuticum diſtinguere, ita ut quiſque partem ſuam habeat, ſed uni ex heredibus adjudicabit totum agrum emphyteuticum, cæteris condemnatione facta in precio. Idque ideo receptum eſt, ne domino vectigalis prædii fiat fraus & injuria, qui initio cum uno emphyteuta contraxit, ſolidumque canonem quotannis percepit: cujus conditio fieret deterior, ſi diviſione facta, a pluribus particulatim accipere cogeretur annuum canonem. Hanc ſententiam probant *Accurſ. in d. l. 7. Bartol. in l. qui Rom. §. duo fratres. ff. de V. O.* ubi notat *Alex. in addit.* quod iſta ſit communis opinio DD.

ASSERTIO LXXXVI.

Uſusfructus non dominii pars, ſed ſervitus eſt.

TRaditur hæc aſſertio expreſſis verbis in *l. recte dicimus. 25. ff. de V. S.* ubi dicitur, etiam eum fundum totum noſtrum eſſe, cujus uſusfructus alienus eſt, quia uſusfructus non dominii pars, ſed ſervitus eſt. Proprie enim uſusfructus non eſt pars fundi, ſed jus & ſervitus. *l. & per jusjurandum. §. illud. ff. de acceptilat. l. ſi a reo. 70. §. ſi reo. ff. de fidejuſ.* Servitus eſt qualitas fundi. Qualitates & accidentia, non ſunt ſubſtantiæ partes. Itaque nec uſusfructus eſt pars ſubſtantialis dominii, vel fundi.

Sed objicitur *l. ubi uſumfructum. 58. ff. de V. O.* ubi dicitur, eum qui uſumfructum fundi ſtipulatur, deinde fundum, ſimilem eſſe ei, qui prius partem, deinde totum ſtipulatur. Reſpondetur, quod Julianus non dicit eundem eſſe, ſed ſimilem eſſe, quia revera uſusfructus fundi pars non eſt: fundus enim corporalis res eſt, uſusfructus incorporalis. Sed ideo hic ſimilis eſt, quia qualitas hæc, uſusfructus ſcilicet, omnia fundi emolumenta continet, ideoque partis inſtar eſt.

Secundo objicitur *l. 4. ff. de uſufr.* ubi aperte traditur, uſumfructum partem dominii eſſe, ſed additur hoc in multis caſibus obtinere. Nam hoc verum eſt, ſi uſusfructus cum ſuo dominio ſit conjunctus: tunc enim qui dominus eſt proprietatis, idem etiam uſusfructus dominus eſt, quia plenam habet proprietatem. Itaque quoties pactis vel teſtamento agitur, ut dominium fundi in aliquem transferatur, tunc niſi nominatim uſusfructus exceptus eſt, etiam fundi & dominii appellatione uſusfructus contineri intelligitur. Unde cum uni legatur fundus, & alteri uſusfructus, ambo concurrunt in uſufructu fundi. *l. ſi alii. 19. ff. de uſufr. leg.* Hinc etiam fundo legato, cujus uſusfructus erat alienus, heres non liberatur, niſi & uſumfructum legatario dederit. *l. Mævius. 66. §. pen. l. cum filius. 76. §. dominus. ff. de leg. 2.* ubi additur elegans ratio, videlicet quod etſi uſusfructus in jure, non in parte conſiſtat, tamen emolumentum rei continet; item quod fructus portionis inſtar obtinet. Sic denique qui promiſit fundum, etiam uſumfructum, tanquam dominii partem præſtare tenetur. *d. l. qui uſumfructum.* & reo obligato in fundum, fidejuſſor in uſumfructum recte accedit. *d. § ſi reo.* Vide latius de hac quæſtione *Donel. lib. 9. com. c. 9.* & *lib. 10. c. 2. Cujac. ad l. ſi unus. 27. §. item ſi pactus. ff. de pact.* & *ad l. 58. ff. de V. O.*

Assertio LXXXVII.

Fructibus annuis fundi legatis, uſusfructus legatus cenſetur.

QUæritur, an ſi quis annuos reditus vel fructus fundi leget uſumfructum legaſſe cenſeatur. Et verius eſt, uſumfructum fundi his verbis conſtitutum cenſeri. text. eſt in *l. ſi. quis.* 20. *ff. de uſufr.* Idem traditur in *l. cum ita.* 41. *ff. de uſufr. leg.*

Sed obſtant duo reſponſa JCtorum. Imprimis *l. fundi.* 38. *ff. de uſufr. leg.* ubi deciditur, hac formula legati, *Uxori meæ quoad vivat fundi reditus dari volo*, non cenſeri relictum uſumfructum, ſed heres ipſe percipiet fructus, eoſque redactos ſingulis annis ſuo miniſterio dabit legatario. Reſp. ſub diſtinctione: Aut teſtator dixit, *Fructus ſeu reditus fundi illius do lego*; & hoc caſu uſusfructus cenſetur legatus, quia teſtator facit fructuario plenam poteſtatem propria auctoritate fructus percipiendi. Hæc poteſtas faciendi, & ſumendi ex alieno invito domino, ſervitutem & uſumfructum conſtituit. *l. quoties.* 15 *in fin. ff. de ſervit.* Aut teſtator ita dixit, *Fructus illius fundi ab herede illi dari volo*; & hoc caſu non cenſetur uſusfructus legatus, quia non poteſt legatarius in fundo habitare, & proprio arbitrio percipere fructus, quod proprium & peculiare eſt uſusfructus. *l.* 7. *ff. de uſufr.* ſed ex manibus heredis eos percipere & conſequi debet.

Secundo adverſatur *l. defuncta.* 58. §. 1. *ff. de uſufr.* ubi teſtator ita ſcripſit: *Sempronio do lego ex redactu ſeu reditu fructuum, quos habeo in illo agro, partem ſextam.* Reſpondet Scævola, non uſumfructum, ſed ex eo quod redactum eſſet, partem ſextam legatam, nempe quam præſtet hæres, non quam legatarius jure uſusfructus percipiat. Reſp. Aliud eſt legare annuos fructus ſeu reditus, quo caſu uſusfructus legatus cenſetur, quia ſervitus eſt, ut ante dixi: facit enim teſtator legatario fructuum ſumendorum & percipiendorum facultatem. Aliud eſt legare ex redactu ſeu reditu fructuum partem aliquam. Hoc enim caſu non cenſetur poteſtas redigendorum fructuum collata legatario, ſed ipſe heres prius percipiet & rediget fructus, deinde partem ipſorum præſtabit legatario. Et ita tot capitula inter ſe adverſantia recte conciliantur. *Donel. lib.* 10. *com. c.* 5. *Coſtal. ad d. l. ſi quis.* 20.

ASSERTIO LXXXVIII,

Fructus ſine uſu eſſe non poteſt.

QUæſtio hæc, an fructus poſſit ſine uſu conſtitui, dubia & controverſa fuit inter ipſos JCtos. Nam in *l. ſi alii.* 42. *ff. de uſufr.* & in *l. per ſervum.* 14. §. 1. *ff. de uſu & hab.* ſtatuitur fructum ſine uſu eſſe non poſſe. Contrarium in *l.* 5. §. 1. *ff. uſufr. quemad. cav.* aſſeritur; ubi deciditur fructum ſine uſu obtingere poſſe. Hæc antinomia poteſt hac diſtinctione conciliari. Aut uſus accipitur pro univerſa utendi facultate & commoditate, & talis uſus non poteſt ab uſufructu diſtingui, ſeu ſeparari. Aut uſus accipitur pro ſeparata ſpecie ſervitutis, quæ eſt jus utendi rebus alienis ad neceſſitatem tantum, & totam rei commoditatem non abſorbet, & hic uſus poteſt ab uſufructu ſeparari. Fructuarius igitur cui fructus ſine uſu legatus eſt, uſum habere non deſinit, ſed tamen illud tantum habebit, quod plus eſt in uſu alterius, hoc eſt, deducto uſu alterius. *Coſtal. ad d. l. ſi alii.* Vide aliter hanc legum pugnam conciliatam apud *Alciat. lib.* 2. *parerg. c.* 3. Item aliter adhuc has leges conciliatas habes apud *Cujac. lib. obſ.* 8. *cap.* 9. *Gilbertum Regium lib.* 1. *ἐναντιοφανῶν. c.* 11.

ASSERTIO LXXXIX.

Teſtator non poteſt uſufructuario remittere cautionem fructuariam earum rerum quæ uſu conſumuntur, in præjudicium heredis.

NE uſufructuarius rem in uſumfructum datam perdat, aut corrumpat, cogitur cavere domino proprietatis, ſe uſurum fruiturum boni viri arbitrio, & finito uſufructu reſtituturum quod inde extabit. *l.* 1. & 7. *ff. uſufr. quemad. cav.* Adeo autem præciſe tenetur uſufructuarius hanc cautionem præſtare, ut non poſſit teſtator, qui legavit alicui omnium ſuorum bonorum uſumfructum, hanc cautionem remittere legatario, in præjudicium heredis. text. eſt in *l.* 1. & 4. *C. de uſufr.*

Sed huic aſſertioni opponitur *l. ſcire.* & *l.* 2. *C. ut in poſſ. legat.* ubi traditur, quod cautio, quam heres legatorum nomine, quæ ſub conditione vel in diem relicta ſunt, præſtare tenetur, teſtamento remitti poteſt. Ergo & eodem jure hæc cautio fructuario remitti poteſt, quia utraque pertinet ad rem privatam, & jus defuncti. *Reſp.* Propter duplicem cauſam fructuaria cautio a teſtatore remitti non poteſt, tum quia amoto cautionis metu invitatur fructuarius ad delinquendum, puta ad abutendum re fructuaria, & pro

libidine in ea graſſandum, tum quia introducta eſt in favorem heredis. Sed cautio legatorum nomine introducta eſt in favorem teſtatoris, ideoque teſtamento remitti poteſt. Adde quod facilius abutuntur fructuarii re in uſumfructum relicta, quam heredes legatis ſub conditione relictis, quia heredes ſperant legata ſub conditione relicta, deficiente conditione apud ſe remanſura.

Verum adhuc inſtatur contra hanc ſolutionem, quod teſtator poteſt prohibere Falcidiam, quæ tamen in favorem heredis eſt inventa. *auth. ſed cum teſtator. C. ad l. Falcid.* Reſp. Falcidia potius favore ipſius teſtatoris eſt introducta, ne decedat ſine herede: quod fieret, ſi heredi non concederetur aliquod commodum, propter quod hereditatem adiret. Denique ſciendum, quod licet teſtator non poſſit cautionem fructuariam remittere, heredem tamen poſſe hujuſmodi cautionem remittere. arg. *l. poteſt. 71. ff. ad l. Falc.* quia eſt favore heredis introducta; quilibet autem poteſt favori pro ſe introducto renunciare. *l. pen. C. de pact.* Ita decidit *Accurſ. in l. 1. C. de uſufr.* refragante *Bartolo.* Approbat hanc ſententiam *Fachinæus lib. 8. controv. jur. c. 42. & 43.* Vide latius de hac quæſtione *Donel. lib. 10. comment. c. 4.*

Poſtremo objicitur *l. 6. §. non autem. & l. ult. §. ſin autem as alienum. C. de bon. quæ lib. in poteſt. &c.* ubi in uſufructu bonorum adventitiorum filiifam. remittitur patri uſufructuario cautio fructuaria. Reſp. Ea cautio remittitur non a filio, ſed a lege. Deinde ratio etiam ſingularis ſubeſt; quare patri a lege cautio remittatur, quia nempe id mereatur reverentia patri debita, itemque amor & pietas parentum in liberos quæ non patiuntur quicquam mali & ſiniſtri de parente ſuſpicari aut metuere. *d. §. ſin autem as alienum.* Et hæc ſententia, quod uſufructuarius teneatur ad præſtandam cautionem, licet eam teſtator, in teſtamento remiſit, judicando approbata eſt in curia provinciali Hollandiæ referente Peregrino a Loo Senatore. Ita relatum extat *in deciſion. curiæ Holl. deciſ. 20.*

ASSERTIO XC.

Uſufructuarius jus vindicandarum ſervitutum non habet.

IN hac quæſtione, an uſufructuario competat actio confeſſoria pro vindicandis ſervitutibus fundo fructuario debitis, parum ſibi videntur conſtare JCti. Nam in *l. 1. §. item Juliano. ff. de remiſ.* traditur, fructuario jus eſſe vindicandarum ſervitutum. Contrarium in *l. 1. in princ. & l. uti frui. 5. §. utrum. ff. ſi uſusfr. pet.* diſerte ſcribitur, ubi ait JC. Ulpianus, fructuarium ſervitutem fundo fructuario debitam vindicare non poſſe, ſed eum uſumfructum vindicaturum. Accurſius dupliciter hanc antinomiam diſſolvit: Primo, ut directam actionem confeſſoriam pro ſervitute uſufructuarius

ctuarius non intendat. *d. l.* 1. & *d.* §. *utrum.* utilem vero proponere poſſit. *d. l.* 1. *ff. de remiſ.* Secundo, vendicationem ſervitutis fructuario principaliter non competere, ſecus in conſequentiam, vindicando ſcilicet uſumfructum, qua vindicatione conſequetur, ut vicinus pati debeat eum ſervitutibus uti. Multa enim principaliter prohibentur, quæ in conſequentiam conceduntur. *l.* 1. *ff. de auct. tutor.*

Rectius *Coraſ. in l. ei qui ff. de ſervit.* exiſtimat, fructuarium ſuo nomine ſervitutem vindicare non poſſe. *d. l.* 1. & *d. l. uti frui.* at nomine domini jus vindicationis habere. *d.* §. *item Juliano.* Quam ſententiam comprobat, quod in *d.* §. *item Juliano.* ſubjicitur, quod novum opus vicino fructuarius nunciare poterit. Quod alibi Ulpian. exponit, ſi procuratorio nomine domini nuntiet fructuarius novum opus: nam ſuo nomine non poteſt. *l.* 1. §. *fin. ff. de novi operis nuntiat.* Quoniam igitur fructuarius jus duntaxat habet in uſufructu, ratione cujus tantummodo agere poterit, nequit & ſervitutem vindicare. Nam cum uſusfructus ſervitus ſit, ſi ſervitutem præterea peteret, ſervitutis diceret eſſe ſervitutem, quæ petitio admittenda non eſt. *l.* 1. *ff. de uſu & uſufr. legat.* Vide latius & plenius de hac quæſtione differentem *Vultejum libro diſceptationum ſcholaſticarum, c.* 18. *Rober. lib.* 2. *recept. jur. civ. lect. c.* 12. *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. cap.* 50. *Zuarez. lib.* 1. *obſer. c.* 20. *Jul. Pacium* ἐναντιοφανῶν *centur.* 7. *q.* 19.

ASSERTIO XCI.

Uſufructuarius uſumfructum alienare non poteſt.

Quod uſufructuarius non poſſit uſumfructum alienare, vendere, vel gratis concedere, probatur aperte per text. in §. *finitur. inſt. de uſufr.* & *l. ſi uſusfructus.* 66. *ff. de jur. dot.* & *l. uſufructu.* 9. *C. de uſufr.*

Sed contraria ſententia, quod libere uſusfructus alienari poſſit, plurimum probatur per *l. arboribus.* 2. §. *uſufructuarius.* & *l. cui uſusfructus.* 67. *ff. de uſufr.* ubi dicitur, uſufructuarium vel ipſum frui ea re, vel locare, vel vendere, vel alii fruendam concedere poſſe. Reſp. Hæ leges ſunt ita conciliandæ, quod uſufructuarius commoditatem percipiendorum fructuum alteri quidem vendere, locare, aut donare poſſit, ſed ipſum jus uſusfructus alienare non poteſt. Itaque in primo uſufructuario jus uſusfructus manebit, commoditas autem percipiendorum fructuum ad emtorem, conductorem, aut donatarium tranſibit. Quamdiu ergo vivit prior uſufructuarius, qui uſumfructum alienavit, durabit hæc commoditas apud accipientem, illo vero mortuo finietur: quia reſoluto jure dantis, reſolvitur jus accipientis. *l. lex vectigali. ff. de pign.*

pign. Hæc ſententia expreſſe confirmatur a Pomponio in *d. l. ſi uſusfructus. 66. ff. de jur. dot.* ubi dicitur, quod maritus, qui uſumfructum a domino proprietatis in dotem accepit, hoc modo mulieri poſt divortium reddet uſumfructum, ut vel locet, vel vendat hunc mulieri uno nummo, ut ipſum jus uſusfructus maneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Idem aperte traditur in *l. neceſſario. §. fin. ff. de peric. & com. rei vend.* Approbat hanc conciliationem *Anton. Gomez. 2. var. reſolut. c. 15. num. 17. Franciſcus Sarmient. 3. ſelect. c. 9. num. 2. Franciſ. Hotom. ad. §. 1. inſt. de uſu & habit.*

Quæritur autem, an ſi vendidit vel ceſſit uſufructuarius extraneo ipſum jus uſusfructus, amittat uſumfructum. Quod videbatur prima facie dicendum ex *d. l. ſi uſusfructus. 43. ff. de jur. dot.* ubi dicitur, ceſſione uſusfructus extraneo facta nihil ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reverti uſumfructum. Verum ita accipiendum eſt, ut tum demum ad proprietarium redeat uſusfructus, ſi legitimo modo ſit extinctus. Iniquum enim eſſet, cum nullum delictum, nulla vis inſit in ceſſione, eo facto quempiam jus ſuum amittere. *c. non præſtat. de R. J. in 6. l. ea quidem. C. ſi mancip. ita fuerit. alien. &c.* Præterea iniquum eſſet dominum proprietatis locupletari cum alterius ſcilicet fructuarii jactura ex alieno facto. *l. 206. ff. de reg. jur.* Quam interpretationem comprobat & *d. l. ſi uſusfructus.* ubi JC. ait, jus ipſum manere penes ipſum maritum fructuarium. Ita not. recte *Weſemb. in parat. ad tit. quomod. uſusfr. amit. Giphan. ad §. finitur. inſt. de uſufr.*

ASSERTIO XCII.

Omnes ſervitutes longi temporis præſcriptione acquiruntur, remota diſtinctione DD. inter continuas & diſcontinuas.

QUod ad præſcriptionem ſervitutum attinet, diſtinguunt DD. inter continuam & diſcontinuam. Servitus continua eſt, quæ facto & induſtria hominis opus non habet, ſed ſemel conſtituta ſemper durat: cujuſmodi eſt jus tigni immittendi, item altius ædificandi, vel ſtillicidii recipiendi. *l. foramen. ff. de ſerv. urb. præd.* Hæ ſervitutes longo uſu & diuturna quaſi poſſeſſione præſcribuntur, decem annis inter præſentes, viginti inter abſentes. *l. 2. C. de ſervit. l. ſi quis diuturno. ff. ſi ſerv. vindic.* Diſcontinuæ ſunt, quæ non habent cauſam continuam, ſed quarum uſus intermittitur, ſicut eſt jus eundi, agendi, &c. Hæ ſervitutes quia opera & manu hominis indigent, non poſſunt habere cauſam perpetuam, & ideo non niſi tanto tempore, cujus initii memoria non extat, præſcribuntur. *l. 1. §. ult. l. 2. §. idem Labeo. ff. de aqua pluv. arcend. l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æſtiva.* Hæc eſt communis DD. diſtin-

diſtinctio, quæ tamen ſi ad limam veritatis revocetur, ſubſiſtere non poteſt: omnes enim ſervitutes prædiorum perpetuam cauſam habere debent, id eſt, talem conditionem, ut ſuapte natura & potentia uſus earum continuari poſſit. *d. l. foramen.* Verius itaque, & legibus magis conſentaneum eſt, quod omnes ſervitutes, etiam diſcontinuæ, longo tempore præſcribantur, contra Accurſii, Bartoli, & aliorum ſententiam. Confirmatur hæc ſententia per *d. l. ſi quis diuturno.* ubi Ulpian. indiſtinctè ſcribit, ſervitutes longa quaſi poſſeſſione, & diuturno uſu acquiri. Idem habetur in *l. 5. ff. de itin. actuque priv. l. 1. §. ult. ff. de aqua pluv. arc.* ubi ſervitutes longa quaſi poſſeſſione generaliter acquiri dicuntur. Similiter in *l. 2. C. de ſervit.* ſervitutes longo tempore acquiri, exemplo rerum immobilium conſtituitur.

Huic tamen ſententiæ objicitur *l. 14. ff. de ſervit.* ubi Paulus negat ſervitutes longo tempore uſucapi, quod & idem in *l. 4. §. ſi viam.* & *§. ult. ff. de uſucap.* reſpondit. Sed hæc reſponſa ita ſunt concilianda, quod jure veteri ſervitutes in uſucapionem non cadebant, quia ſine poſſeſſione continua nulla procedit uſucapio. *l. 25. ff. de uſucap.* Incorporales autem res, ut ſunt ſervitutes, poſſideri non poſſunt. *l. ſervus. §. incorporales. ff. de acq. rer. dom.* ergo nec uſucapi. Sed cum non poterant uſucapi, diuturno tamen uſu, & longa quaſi poſſeſſione præſcribebantur: uſus enim earum poſſeſſionis loco eſt. *d. l. ſi quis diuturno.* Inter quam longi temporis præſcriptionem, & uſucapionem multum jure veteri intererat: uſucapio enim plenum dominium adjiciebat. *l. Julianus. 17. ff. de rei vindicat.* præſcriptio vero utile dominium tantum, & exceptionem vel utilem actionem concedebat. *l. ſi quis emtionis. 8. C. de præſcr. 30. ann. d. l. ſi quis diuturno.* Uſucapio rerum tantum erat corporalium, & earum quæ ſunt in ſolo Italico. *l. uſucapionem. ff. de uſucap.* præſcriptio vero longi temporis in vectigalibus tributariis, & provincialibus prædiis obtinebat. *l. ſi finita. §. ſi de vectigalibus. ff. de dam. inf. l. cum ſponſus. §. in vectigalibus. ff. de Publ. act.* Illa ſine titulo non procedit, in hac de titulo docere non eſt neceſſe. *d. l. ſi quis diuturno. Hotom. lib. obſ. 3. c. 25.* Hanc conciliationem probant *Duarem Coſtal.* & *Charon. ad d. l. ſervitutes. Longoval. ad d. l. imperium. Donel. lib. 11. com. c. 11.* Sed Juſtinianus ſuſtulit has intricatas ſubtilitates, & conſtituit, ut indifferenter omnes ſervitutes longo tempore uſucaperentur, eodemque tempore non utendo amitterentur. *l. ult. C. de long. temp. præſcr. l. unic. C. de uſucap. transform. Weſemb. in parat. de ſervit. num. 5. Anton. Fab. lib. 19. conject. jur. c. 9. 10. & 11.* Collabaſcit ergo DD. diſtinctio inter præſcriptionem ſervitutum continuarum & diſcontinuarum. Ratio DD. fuit hæc; quia ſingularium actuum interruptio poſſeſſionis continuationem interrumpit: quæ facile ex eo refellitur, quod & in ſervitutibus perſonalibus, ut uſufructu, actus ſunt diſcontinui, & tamen

men longo tempore præſcribuntur. Reſpondendum itaque ad eam DD. objectionem, cum *Weſemb.* quod ſicut in perſonalibus ſervitutibus, ita & in realibus, potius inſpicitur animus poſſidentis, cui debetur ſervitus, quam actuum intervallum: qui animus ſemper eſt continuus, licet actus ſervitutis aliquando intermittantur.

Secundo repugnat *l.* 3. §. *ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æſtiv.* ubi Pomponius reſpondit, aquæductum, cujus origo memoriam hominum excedit, conſtituti loco haberi. Reſp. Per hoc JC. non negat, quin breviori tempore acquiri poſſit ſervitus: ſed hoc affirmat, tempus immemoriale habere vim privilegii, ut qui uſus ſit ſervitute tempore tam longævo, non opus habeat docere de jure ſuo, titulo, vel bona fide, quia vetuſtas vicem conſtitutæ ſervitutis obtinet. *l.* 1. §. *ult. l.* 2. & *l. ult. ff. de aqua pluv. arcend. Minſ. cent.* 1. *obſ.* 30. *Duaren. lib.* 1. *diſp. c.* 34.

Tertio objicitur *l. foramen.* 28. *ff. de ſerv. urb. præd.* ubi dicitur, quod omnes ſervitutes debent habere cauſam perpetuam, & additur, niſi habeant cauſam perpetuam, tempore acquiri non poſſunt: unde videtur colligi, ſervitutes diſcontinuas non uſucapi. Reſp. Servitutum quidem debet eſſe cauſa perpetua & naturalis, ſed non continua, hoc eſt, ea debet eſſe conditio ſervitutis, ut ea uti poſſimus perpetuo, ſive actu, ſive potentia. Hoc ergo aſſeritur tantum in *d. l. foramen.* quod omnes ſervitutes debent habere perpetuam & naturalem cauſam, ut ſcilicet aptitudine & potentia perpetuo iis uti liceat. Quod habet cauſam naturalem, perpetuo fieri intelligitur, etſi non fiat aſſidue, quia naturæ cauſa certa eſt atque perpetua. Exempli gratia: Stillicidii vel fluminis immittendi ſervitus ex aqua pluvia, perpetua eſt, etiamſi non pluat aſſidue: quia hæc res ita ex natura pendet, ut ſemper pluere poſſit. Quod vero facto & manu opus habet, perpetuo fieri non intelligitur. Unde non poteſt talis ſervitus tempore acquiri, ut liceat mihi foramen habere in imo pariete, per quod proluviem pavimenti mei in ædes vicini immittam, quia non eſt ejus aquæ conſtans & naturalis cauſa. *d. l. foramen.* & ibi *Duaren. Cujac. lib. obſ.* 11. *c.* 3.

Denique obſtat *l.* 1. & *tot. tit. ff. de itin. actuque privato.* ubi traditur, quod uſu 30. dierum ſervitutis poſſeſſio etiam in diſcontinuis quæri videatur. Reſp. In eo interdicto non agitur de jure poſſeſſionis, ad quod acquirendum longo tempore opus eſt. *l.* 2. *C. de long. temp. præſcr. l.* 2. *C. de ſervit.* ut Ulpian. oſtendit in *l. apparet.* 5. §. *pen. ff. de itin. actuque privato.* ſed de ſimplici uſu itineris & viæ ruſticæ, quam ob commoditatem tranſvehendarum frugum atque fructuum, non impediri ei, qui xxx. diebus uſus eſſet, viſum fuit utilius, donec ſcilicet de jure poſſeſſionis plenius fuerit cognitum.

Aſſer-

ASSERTIO XCIII.

Ad præſcriptionem ſervitutum non opus eſſe titulo, con- tra DUARENUM, *verius eſt.*

PRobatur hæc deciſio per *l. ſi quis diuturno.* 10. *ff. ſi ſerv. vindic.* ubi dicitur, quod qui longo tempore jus aquæ ducendæ nactus fuerit, non cogitur docere de jure ſuo, id eſt, titulo, ut ibi annotat *Accurſ.* Idem in *l. fin. ff. de aqua pluv. arcend.* traditur, quod vetuſtate aquæductus acquiratur, etiamſi jus non probetur, id eſt, titulus. Idem probat *l. apparet.* 5. §. *ſi quis. ff. de itin. actuque privato.* ubi dicitur, ſi quis jure impoſitam ſervitutem non habeat, habeat autem longæ poſſeſſionis prærogativam, id eſt, præſcriptionem, poterit de itinere actuque privato experiri. Hoc ſaltem opus eſt, ut qui ſervitutem ſibi adſerit, ea per longum tempus uſus ſit, & bonam fidem in præſcribenda ſervitute habuerit, hoc eſt, non vi, non clam, non precario ſervitutem acquiſiverit: his enim tribus modis mala fide poſſidetur. *l. Pomponius.* §. 1. *ff. de acq. poſ. Cujac. ad l.* 4. *in fin. ff. de uſucap.* Ratio hujus deciſionis eſt, quia in præſcriptione requiritur taciturnitas & patientia adverſarii, quæ loco tituli habetur: per patientiam enim inducitur præſumtus conſenſus, & ficta quædam conceſſio, quæ tantum operari debet in rebus incorporalibus, quantum expreſſa in rebus corporalibus. arg. *l. Labeo.* 19. *ff. de aqua pluv. arcend.* Patientia enim adverſarii certum præbet impoſitæ aliquando ſervitutis argumentum, quia cum tamdiu tacente & patiente domino uſi ſumus ſervitute; eo volente cenſemur jus uſucaptum acquiſiviſſe. Ex diuturna enim taciturnitate, patientia & longo uſu, præſumitur conſenſus & titulus. *l. qui in aliena.* §. 1. ubi *DD. ff. de acq. hered. l. ſi filius. C. de pet. hered.*

Objicitur *l.* 2. *C. de ſervit.* ubi ait Imp. ſervitutes quæri exemplo rerum immobilium. Sed res immobiles præſcriptione non niſi titulo acquiruntur. Ergo & ſervitutes. Reſp. Verba illa, *exemplo rerum immobilium*, non ad titulum referuntur, ſed ad tempus, quod ſcilicet ſervitutes præſcriptione longi temporis acquiruntur, ſicut res immobiles. *l. ult. in fin. C. de præſcr. long. temp.* ubi dicitur, eodem tempore præſcribi ſervitutes, quo res immobiles præſcribuntur. Plane uno caſu in ſervitutibus præſcribendis non eſt neceſſaria patientia ejus, contra quem præſcribitur; quando videlicet quis præſcribit cum titulo habito a non domino, quia tunc non requiritur domini patientia. text. eſt in *l. ſi ego.* §. 1. in verb. *traditis, vel per patientiam conceſſis. ff. de Publ. act.* Quod dictum pro ſingulari & mente perpetuo tenendum refert *Caſtren. in l. ſervitutes. num.* 9. *ff. de ſervit. Cravet. de antiq. temp. part.* 4. *c.* 3. *num.* 21.

Pulchre

Pulchre hanc ſententiam confirmat *Faber lib.* 19. *conject. jur. c.* 9. 10. & 11. Porro ſciendum, quod hæc aſſertio tantum procedat in ſervitutibus realibus: nam ad præſcriptionem ſervitutum perſonalium, uti eſt uſusfructus, quia eſt pars dominii, omnino titulo opus eſt. *l.* 4. *ff. de uſufr. l. Celſus.* 24. & *l. nulla. ff. de uſucap.* Ita tradunt, *Ludo. Maynus lib.* 1. *de action. c.* 14. *Coſtal. ad l. ſi quis diuturno. ff. ſi ſerv. vindic.* ubi notat idem *Dyno*, *Bartolo*, & *Panormitano* placuiſſe. Approbant *Salic. in l.* 1. *C. de ſervit. Cœpol. in tract. de ſervit. c.* 20. & noviſſime *Fachin. lib.* 13. *controv. jur. c.* 83.

ASSERTIO XCIV.

Ob omnes ſervitutes, tam urbanas, quam ruſticas, novum opus nuntiari poteſt.

PRobatur hæc ſententia per *l.* 1. §. *jus habet.* 3. *ff. de remiſſ.* ubi dicitur: *Jus nuntiandi novum opus habet, qui aut dominium, aut ſervitutem habet.* Nec diſtinguitur, an ea ſit urbana ſervitus, an ruſtica, cum certa diverſitatis ratio reddi nulla poſſit. Probatur idem *l. in judicio.* 47. *ff. fam. erciſc.* ubi dicitur: *Si dum res in arbitrio eſt, de jure prædii controverſia eſt, placet omnes eos inter quos arbiter ſumtus eſt, opus novum nuntiare pro ſua quemque parte poſſe.*

Objicitur *l. qui viam.* 14. *ff. de novi operis nunciat.* ubi dicitur, quod qui viam habet, opus novum nuntiare non poſſit. Reſp. Cum in ſuo prædio quis ædificat, non aliter ei nuntiari poteſt novum opus, niſi opus nuntianti obeſſe appareat. *l.* 15. §. *meminiſſe. ff. de novi oper. nunciat.* Ideoque ſervitutis nomine tum nuntiari poteſt novum opus, cum probatum fuerit opus nuntianti impedimento eſſe, quo minus ſervitute ſibi debita utatur. Quod fiet, ſi actione confeſſoria intentata, prius probet ſervitutem ſibi deberi in eo loco, in quo vicinus vult ædificare. Probato itaque eo, quod per ædificationem nocetur ſervituti, aut ea prorſus tollitur & impeditur, tunc licebit novum opus nuntiare. Hoc autem probabitur intentata primum actione confeſſoria, qua docebit ſervitutem viæ per eam agri partem ſibi competere, in qua ædificium adverſarius molitur. Ante vero ſervitutis probationem, nuntiari novum opus non poteſt, & ſi quis nuntiet, nihil agit, id eſt, novum opus non inhibet, verum actione confeſſoria prius inſtituta ſervitutem vindicare non prohibetur, qua probata nuntiabit novum opus. Hæc ſolutio probatur per *l. ſi eo loco.* 9. *ff. ſi ſerv. vindic.* Vide latius de hac quæſtione differentem *Alciat. lib.* 3. *parerg. c.* 3. qui exiſtimat, ſpeciale eſſe in ruſticis ſervitutibus, ut non nuncietur novum opus, idque receptum eſt propter diſcontinuum uſum, cum non tantum interſit. Aliter *Cujac. lib.* 10. *obſ. c.* 17. nec non *Coraſ. lib.* 5. *miſcel. c. ult. Faber lib.* 19. *conject. c.* 5. Vide *Vandum lib.* 1. *variar. quæſt. jur.*

jur. c. 5. qui ſolutioni ad. *d. l. qui viam.* a me allatæ plane adſtipulátur. Eandem ſolutionem confirmat Rævardus *libro.* 2. *de ambiguit. jur. c.* 2.

ASSERTIO XCV.

Urbanum prædium diſtinguit a ruſtico, non locus, ſed materia.

URbana prædia dicuntur, non ea quæ in urbe tantum ſunt extructa, ſed omnia ædificia habitandi cauſa facta, ſive in urbe, ſive ruri extra urbem, in villis, vicis & pagis. *l.* 1. *ff. com. præd. l. urbana.* 198. *ff. de V. S.* Ruſtica prædia ſunt, quæ fructuum percipiendorum & colligendorum, vel pecorum cuſtodiendorum gratia ſunt conſtructa: ut ſunt ſtabula, horti, vineæ. *d. l. urbana.* Sed huic ſententiæ vehementer adverſatur Neratius in *l. eo jure.* 4. §. *ſtabula.* 1. *ff. in quib. cauſ. pig. tacite contr.* ubi ſtabula urbana prædia eſſe adfirmat. Hæc antinomia ita videtur probabiliter conciliari poſſe, quod ſtabula in duplici ſignificatione accipiantur. Aut enim ſignificant diverſoria & tabernas, quibus viatores hoſpitio excipiuntur, & tunc ſtabula inter ædificia ſeu prædia urbana computantur, invectaque & illata hoc caſu domino ſtabuli tacite pignori obligata erunt. Sic accipi debet *d.* §. *ſtabula.* Sic quoque ſtabula pro diverſoriis hominum manſioni comparatis accipiuntur in *l. unic.* §. *fin. ff. furt. adv. naut. caup. ſtab.* Aut ſtabula ſignificant ſtationes jumentorum equorumque cauſa paratas. *l.* 13. *in fin. ff. de uſufr.* & tunc pro ruſticis prædiis accipiuntur. *l.* 5. *ff. naut. caup. ſtab.* quia hæc ſtabula ob ruſticum uſum habentur. Ruſticum namque prædium ab urbano qualitate, hoc eſt, uſu & fine ſecernitur. *l. ſi prædium.* 16. *C. de præd. & aliis reb. minor &c.* Itaque urbanum prædium dicitur omne ædificium, quod ad urbanum uſum, hoc eſt, inhabitandi, recreandi, mercaturæve gratia habetur, ſive in urbe, ſive ruri ſit poſitum. Contra ruſticum prædium cenſetur, quod uſum ruſticum præbet, utpote quod fructuum percipiendorum, agrorum colendorum, aut pecoris recipiendi gratia paratum eſt. Ita tradit *Alciat. ad d. l. urbana. Weſemb. in parat. ad tit. ff. de ſerv. urb. præd.* Subtilius tamen & exactius *Connan. lib.* 4. *com. c.* 10. *num.* 7. & *Godæus ad d. l. urbana. ff. de V. S.* ita diſtinguunt: Quando ſtabula meritoria conficiuntur, ut pecora & armenta recipiantur, ſunt quidem ruſtica prædia, ſi ſecundarium finem reſpicias; verum ſi primarium ſtabulorum finem attendas, ſunt urbana prædia, quia eo præcipue fine ſunt conſtructa, ut mercedis ergo recipiantur pecora. Quæ mercedis perceptio efficit, ut ſapiant naturam urbani prædii, quia fructus præcipuus eorum ſtabulorum in mercede ac commercio conſiſtit, qui uſus eſt urbanus, non ruſticus. Ideoque quoad taciti

pignoris cauſam, habentur ſtabula meritoria pro prædiis urbanis, ita ut pecora etiam a conductore illata tacite pignori obligentur. *d. l. eo jure. §. ſtabula. ff. in quib. cauſ. pig. tacite contr.*

ASSERTIO XCVI.

Servitutes reales ſine prædiis non poſſunt conſtitui.

IN *l. 1. ff. com. præd.* & §. *ideo. 3. inſt. de ſerv. ruſt. præd.* dicitur, ſervitutes prædiorum ſine prædiis conſtitui non poſſe.

Contrarium dicitur in *l. ſi ſervitus. 23. §. ult. ff. de ſerv. urb. præd.* & *l. Labeo. 10. ff. de ſerv. ruſt. præd.* & *l. fundum. 46. §. ſi per alienum. ff. de evict.* In *d. §. ult.* & *d. l. Labeo.* ait JC. quod ſervitus etiam futuro ædificio imponi poſſit. In §. *ſi alienum.* dicitur, ſi per alienum fundum, viam aliquis conſtituerit, quod ille evictionis nomine ſtipulanti obligetur. Reſp. Servitus ut ſtatim pro conſtituta habeatur, ſine prædiis exiſtentibus conſtitui nequit. *d. l. 1.* At promitti per ſtipulationem vel pactum etiam poteſt ſine fundo. *l. heredes. §. in ea.* & *§. ſeq. ff. fam. erciſc.* ex qua promiſſione non reale, ſed perſonale jus coaleſcit. *l. Lucius. ff. de ſerv. ruſt. præd.* Sic de alieno fundo ſervitus promitti poteſt, quo caſu non tenebit ſervitus, ſed de evictione erit perſonalis actio. Itidem & futuro ædificio recte promittitur ſervitus, non ut nunc valeat, (neque enim ſine prædio poteſt conſiſtere) ſed valebit cum domus erit ædificata.

Secundo opponitur, quod ſervitus aquæductus non ſemper inhæret prædio. per *l. 1. § præterea Labeo. 12. ff. de aqua quotid. & æſtiv.* ubi JC. Ulpian. ait: quod *quidam ductus aquarum non ſunt fundi, quia quocunque duci poſſunt.* Unde apparet aquæductus aliquando non fundi eſſe, hoc eſt, prædio ſive fundo non inhærere, ſed perſonæ: & tamen aquæductus eſt ſervitus ruſtici prædii. *l. 1. ff. de ſerv. ruſt. præd.* Idem dicitur de ſervitute aquæ hauſtus in *l. Mela. 14. §. quidam. 3. ff. de aliment. legat.* ubi refertur aquæ hauſtus inter ſervitutes perſonales, cum tamen in *l. ſi mihi. 20. § fin. ff. de ſerv. ruſt. præd.* jus hauriendi dicatur, non hominis, ſed prædii. Reſp. Servitutes aquæductus & aquæhauſtus prædiorum eſſe, ubi prædiis debentur: at ubi non prædiis, ſed perſonæ debentur, perſonarum ſunt. *d. §. quidam.* & *d. §. præterea* Sed adhuc vehementer urgentur verba. *d. §. quidam.* verſ. *nam & hauſtus aquæ.* ubi ſic JC. ſcribit: *Nam etſi hauſtus aquæ eſt ſervitus, perſonæ tamen ei qui vicinus non eſt, inutiliter relinquetur.* Reſp. Colon eſt ponendum poſt verbum *ſervitus*, & ita legendum: *nam etſi hauſtus aquæ eſt ſervitus; perſonæ tamen ei &c.* Quibis verbis vult dicere JC. ſervitutem prædii conſtitui non poſſe niſi vicino. At hæc ſervitus aquæ hauſtus non prædii eſt, ſed perſonæ, ubi ei qui vicinum fundum non habet, eſt relicta; cui ea ratione non inutiliter relinquitur, arg. *l. pecoris.* & *l. ſeq. ff. de*

ff. de ſerv. ruſt. præd. Coraſ. in rub. de ſervit. num. 32. *Donel. lib.* 11. *com. c.* 7.

Tertio opponitur *l. Lucius.* 37. *ff. de ſerv. præd. ruſt.* ubi dicitur quod aquæductus quæ realis eſt ſervitus, perſonæ, non prædio debetur. Reſp. Non eſt novum, ſervitutem ſuapte natura realem, propterea quod ad perſonam referatur & conſtringatur, fieri perſonalem. *l. cum ſervus.* 39. §. *ſi quis alicui. ff. de leg.* 1. ubi ſervitus lapidis cædendi, quæ ſui natura realis eſt. *l. ergo.* 5. & *l. veluti.* 6. *ff. de ſerv. præd. ruſt.* propter relationem factam ad perſonam, dicitur perſonalis. Porro in *l. Lucius.* facta eſt conceſſio perſonalis, quia uſus aquæ, non ad domum modo, quæ in Iſthmo erat, ſed ad quemcunque alium locum conceſſus erat: ut merito intelligatur conceſſionem non contemplatione prædii, ſed perſonæ factam eſſe. Ea enim eſt natura ſervitutum, præſertim ruſticarum, ut non niſi reſpectu vicini fundi & ad ejus neceſſitatem conſtitui queant, ſeu quatenus ad ipſum fundum opus eſt. *d. l. ergo.* Cum itaque in *l. Lucius.* conceſſus fuerit uſus aquæ vicino ad fundum ejus, & præterea quocunque ducere velit, dici non poteſt proprie ſervitus realis. Eſt ergo potius perſonalis quædam conceſſio, quæ ideo non tranſmittetur ad heredes. *l. uſus aquæ. ff. de uſu & hab.* Præterea in conceſſione ſervitutis aquæductus uſus eſt JC. in *d. l. Lucius.* his verbis, χαρίζομαί σοι, i. e. *gratificor tibi.* Ex quibus verbis apparet, ibi de perſonali conceſſione ſervitutis aquæductus eſſe actum. Unde ad heredes aquæductus hoc modo conceſſus non tranſmittitur. *Coſtal. ad d. l. Lucius.* Approbat hanc ſententiam *Alciat. lib.* 2. *diſpunct. c.* 7.

ASSERTIO XCVII.

Servitutes omnes prædiales perpetuam cauſam habere debent.

NAtura omnium ſervitutum realium ſeu prædialium hæc eſt, ut perpetuam cauſam habere debeant, ſi minus actu, at certe potentia. *l. foramen.* 28. *ff. de ſerv. urb. præd.* ubi dicitur, quod non poteſt talis ſervitus conſtitui, ut foramen in imo pariete conclavis mei habere mihi liceat, per quod poſſit proluvies pavimenti mei in ædes vicini immitti. Ratio eſt, quia non eſt ejus aquæ conſtans & naturalis cauſa, ſed operam & manum hominis deſiderat. Aqua enim quæ proluendi pavimenti cauſa adhibetur, non eſt perpetua, quia manu injicitur. Talis porro debet eſſe res, in qua ſervitus conſtituitur, ut quis perpetuo ea uti poſſit, aptitudine ſive potentia, ut ſemper idonea ſit ad uſum ſervitutis. Hinc ſtillicidii vel fluminis immittendi ſervitus eſt perpetua, quia aqua pluvia

quæ ex cœlo cadit, perpetuam habet cauſam. Quod enim naturaliter fit, etſi non fiat continuo & aſſidue, perpetuo tamen fieri intelligitur. Hæc enim res ita ex natura pendet, ut ſemper pluere poſſit, utque non pluere non poſſit. Hinc etiam ex lacu, ſtagno & ciſterna aquæductus concedi non poteſt, quia non habent vivam, perennem & naturalem aquam, ſed collectitiam tantum, quæ hyeme plerunque ex imbribus cogitur, & æſtate ſiccatur. *d. l. foramen. l. 1. §. hoc interdictum. ff. de fonte. l. 1. §. 1. ff. de flumin.*

Sed objicitur huic aſſertioni *l. 1. §. caput.* 8. & *§. permittitur.* 41. *ff. de aqua quotid. & æſtiv. l. ſervitus.* 9. *ff. de ſerv. ruſt. præd.* Ubi dicitur, ſervitutem aquæductus poſſe ex lacu & quocunque loco conſtitui. Reſpondendum: Aut lacus habet aquam vivam, perennem & perpetuam, & tunc aquæductus ex eo concedi poteſt. *l. unica. ff. ut in flumine publ. navig. liceat.* Aut aquam vivam non habet, & tunc ſervitus realis aquæductus ex eo lacu concedi non poteſt.

Secundo graviter obſtat *l. 2. ff. com. præd.* ubi dicitur, poſſe concedi ſervitutem, ut aqua per rotam tollatur vel hauriatur ex flumine, item ut aqua ex caſtello ducatur, quæ tamen aqua non eſt perennis. Nam caſtellum eſt receptaculum aquæ, in quod non naturaliter, ſed manu & adhibitis organis aqua influit. Reſp. Proprie & ipſo jure non recte aquæductus conceditur ex caſtello, quia hæc aqua perpetuam cauſam non habet, ſed ex æquitate & tuitione prætoris illa jura conſervantur. Ita tradunt *Accurſ.* & *Bart. in d. l.* 2. & confirmat *Cujac. lib. obſ.* 3. *c.* 28. Vel dicendum, quod aqua quæ ex caſtello ducitur, habet cauſam perpetuam, ſi inſpiciatur initium ſeu origo aquæ influentis in caſtellum, quæ eſt perpetua.

Tertio repugnat *l. via.* 23. §. 1. *ff. de ſerv. ruſt. præd.* ubi dicitur, ſervitutem navigandi per lacum privatum imponi poſſe, ut perveniatur ad fundum vicinum: atqui lacus non habet aquam perpetuam. Reſp. Servitutes aquæductus & aquæhauſtus proprie & directo ex lacu conſtitui non poſſunt, quia lacus non habet aquam perennem, ſed longo aquæductu & hauſtu imminuitur. Attamen jus navigandi per lacum proprie & ipſo jure conſtitui poteſt, quia navigando non minuitur aqua ex lacu. *gl. in l. via.*

Quarto repugnat vehementer *l. ſicut.* 8. §. *Ariſto.* 5. *ff. ſi ſerv. vindic.* ubi dicitur, ſervitutem fumi immitendi poſſe jure prædio imponi, quamvis conſtet manu & facto hominis ad hoc opus eſſe. Reſp. Interdum quod manu fit, habet cauſam perpetuam, ſi videlicet ejus habendi cauſa prædium, aut pars prædii, in qua id habetur parata eſt. Sic fumi immittendi ſervitus cauſam perpetuam habere dicitur, quia ad hunc uſum focus vel fornax deſtinatus eſt, ut aut ignem perpetuum habeat, aut ſemper paratus ſit ad habendum. Atqui ut foramen habeam proluendi pavimenti mei gratia in pariete

riete meo, & per id foramen jus emittendæ aquæ in prædium vicini, hæc non eſt ſervitus prædialis, quia prædium propter id non eſt paratum & extructum. *Donel. lib.* 11. *com. c.* 3.

ASSERTIO XCVIII.

Servitus, quæ nec prædio, nec perſonæ utilitatem adfert, conſtitui nequit.

HOc proprium eſt omnium ſervitutum, ut vel ejus perſonæ cui acquiruntur, vel ejus prædio, utilitatem præbeant. Si ergo nullam ei, cui acquiritur, vel ejus prædio utilitatem adferat, ſervitus conſtitui non poteſt. *l. quoties.* 15. *ff. de ſervit. l. veluti.* 6. §. 1. *ff. de ſerv. ruſt. præd.* Hinc eleganter dicitur in *l. de pupillo.* 5. §. *&* *bellè.* 9. *in fin. ff. de nov. operis nunciat.* quod quiſquis in re ſua jus ſuum aliqua in parte diminuit, & alterius auget, ſervitutem rei ſuæ impoſuit.

Verum his graviter obſtat *l. ut pomum.* 8. *ff. de ſervit.* ubi dicitur, ſervitutem non poſſe ita imponi, ut pomum decerpere, ut ſpaciari & cœnare in alieno fundo liceat: ex quo certe commoditas paciſcentibus non parva quæritur Reſp. Servitutes hæ ut reales conſtitui non poſſunt, quia earum natura debet habere perpetuam cauſam, ut omni tempore eis uti liceat. *l. foramen. ff. de ſerv. urb. præd. l.* 1. §. *loquitur. ff. de aqua quotid. & æſtiv.* Poſſunt autem ut ſervitutes perſonales & jura perſonalia recte conſtitui, quæ ubi ſemel conſtituta fuerint, poſſunt quidem a quolibet vindicari, attamen una cum perſona extinguuntur, *l. pecoris.* 4. & duabus legibus ſequentibus *ff. de ſervit. ruſtic. præd. l. Mela.* 14. *ff. de alim. legat.* neque in emtorem fundi, vel heredem tranſeunt. *l. ult. ff. de contr. empt. l. Gajus.* 12. *ff. de annuis legat. Forner. lib.* 2. *ſelect. c.* 28. *Duarenus ad dictam legem ut pomum.*

Secundo adverſatur, quod ſervitutes aliquæ non ſolum ad utilitatem acquirentis, ſed etiam amœnitatis & voluptatis gratia conſtituantur. *l. hoc jure.* 3. *ff. de aqua quotid. & æſtiv. l. competit.* 16. §. 1. *ff. quod vi aut clam.* Reſpondendum: *Utilitas* non ſolum uſum & commoditatem, ſed etiam voluptatem & amœnitatem aliquando ſignificat. *l. ſtatuæ.* 41. *ff. de uſufr.* ubi dicitur: *Statuæ & imaginis uſumfructum poſſe relinqui, quia & ipſa habent utilitatem aliquam.* id eſt, voluptatem, quam ex aſpectu percipimus.

Tertio objicitur *l. ei fundo.* 19. *ff. de ſervit.* ubi dicitur, ſervitutem aquæductus concedi poſſe, etiamſi ejus fundo cui quæritur, aquam ducere non expediat. Reſp. Hoc ita accipiendum eſt, quod ſervitus aquæductus concedi poteſt, etiamſi tempore conceſſionis non ſit utilis, dummodo exiſtiment contrahentes, eam in poſterum prædio utilem futuram. Nam utilitatem præſentem

hic non ſolum attendimus, ſed futuram quoque. *l. ſi infantis. 55. ff. de uſufr.* Ita *d. l. ei fundo. Accurſ. Bart.* & *DD.* communiter intelligunt.

ASSERTIO XCIX.

Jus altius tollendi ſervitus eſt.

JUs altius tollendi inter ſervitutes prædiorum ponit JCtus in *l. 2. ff. de ſerv. urb. præd.* & *l. 2. ff. de ſerv. ruſt. præd.* Sed hoc exemplum mire torſit ingenia Doctorum. Quomodo enim quis jure conſtitutæ ſervitutis petat licere ædes ſuas altius tollere, cum id a naturali libertate cuique conceſſum ſit? Quilibet enim poteſt jure ſuo ſeu jure communi uſque in cœlum ædes ſuas extollere, etiamſi vicina lumina in totum obſcuret. Cujus enim eſt ſolum, ejus eſt & cœlum ſupra ſolum. *l. altius. 8. C. de ſervit. l. cum eo. 9.* & *l. cujus. 24. ff. de ſerv. urb. præd.* Jus ergo altius tollendi non conceditur jure ſervitutis, cum competat jure libertatis; nam ſervitus & libertas inter ſe ſunt contraria. Reſp. Nova lege illam ædificandi libertatem coarctatam eſſe: nam ita demum cuique liberum eſt ædes ſuas altius extollere, dummodo antiquorum ædificiorum formam & ſtatum non excedat. *l. qui luminibus. 11. ff. de ſerv. urb. præd. l. 1. C. de ædific. privat. l. 1. C. de ſervit.* Non licet ergo alicui ultra uſitatum ædificiorum modum ædes ſuas extollere, niſi illam facultatem quæſiverit a vicino: tuncque is cui a vicino pactione vel teſtamento conceſſum eſt, ut ædificando antiquum ædificiorum ſtatum egredi poſſit, jus altius tollendi habebit non jure libertatis, ſed veræ ac propriæ ſervitutis: ac jus illud, quod ſuapte natura liberum eſt, in ſervitutis nomen convertetur. *Coraſ. ad l. 1. ff. de ſervit.* & *lib. miſc. 3. c. 24. Weſembecius in parat. de ſervit. num. 3. Donel. ad §. aquæ. num. 12. inſt. de actiou.* Poteſt etiam hoc modo facultas altius tollendi jure ſervitutis competere, ſi quis poſtquam vicino conceſſerit, jus ſibi non eſſe altius ædes ſuas tollendi, deinde a vicino pactis, vel contractibus impetret, ut ſibi altius ædes tollere liceat. *l. ſi domus. 21. ff. de ſerv. urb. præd. l. egi. 26. ff. de ſervitut. urb. præd. Briſſonius in lexico* in verb. *Altius tollendi. Baro ad l. ult. ff. de ſervit.*

ASSERTIO C.

Servitus pro parte acquiri vel imponi non poteſt.

REgula eſt, quod ſervitutes pro parte acquiri vel imponi non poſſunt, pro parte autem retineri poſſunt. *l. ſi quis duas. 6. §.*

ſi

ſi quis partem. ff. com. præd. l. ut pomum §. 1. *ff. de ſervit. l. 5. ff. de ſerv. legat.* Quare & unus ſocius ſervitutem communi fundo acquirere, vel imponere non poteſt. *l. 2. ff. de ſervit. l. 5. ff. com. præd.* Ratio eſt, quia ſervitutes natura ſui diviſionem non recipiunt, uſuſque earum indiviſus eſt, nemoque pro parte ire vel agere poteſt. *l. via. 17. ff. de ſervit.* Adde & hanc rationem, quod ſervitus poſtquam in fundo ſemel eſt conſtituta, ita per omnes partes & glebas eſt diffuſa, ut nullam non partem fundi attingat. Servitus enim tota eſt in toto fundo, & tota in qualibet ejus parte.

Huic regulæ videtur obſtare *l. ad certam. 7. ff. de ſervit.* ubi dicitur, ad certam partem fundi, ſervitutem tam conſtitui, quam remitti poſſe. Reſp. Regula accipienda eſt de parte pro indiviſo, non autem de parte pro diviſo, ad quam acquiri vel imponi poteſt ſervitus. Ratio eſt, quia pars pro indiviſo non eſt proprie pars, ſed totum, id eſt, prædium, non pars prædii. *d. §. ſi quis partem. l. recte. 25. §. ult. ff. de V. S.* Pars pro diviſo certa eſt, pars pro indiviſo incerta eſt. *l. placet. 25. ff. quib. mod. uſusfr. amit. l. 1. §. hoc interdictum. ff. uti poſſ.* Item pars pro diviſo ſenſu corporis, id eſt, corpore, pars pro indiviſo ſenſu mentis, id eſt, intellectu, percipitur. *l. 5. ff. de ſtip. ſerv.*

Secundo obſtat *l. pro parte. 11. ff. de ſervit.* ubi JC. ait: *Si quis fundum habens, viam ſtipuletur, & partem fundi poſtea alienet, quod corrumpat ſtipulationem, in eum caſum deducendo, a quo incipere non poſſit.* Ergo pro parte ſervitus retineri non poteſt. Reſp. Aut promiſſa tantum eſt ſervitus, aut conſtituta. Si promiſſa tantum eſt, conſervari pro parte dominii non poteſt, & de ea ſpecie loquitur *d. l. pro parte.* Si conſtituta eſt, jam conſervatur pro parte, & regula de conſtituta ſervitute loquitur, quæ fundo hæſit ſemel, eamque dicimus non confundi prorſus communicatione fundi ſervientis vel dominantis, ſed conſervari pro parte dominii. *l. pen. §. ult ff. de V. O.*

Tertio objicitur *l. ſi partem. 25. ff. de ſerv. ruſt. præd.* ubi dicitur, aquæductum toti fundo quæſitum, pro modo & ratione partium retentarum vel alienatarum in fundo dividi. Reſp. Ibi non ipſum jus ſervitutis, ſed commoditas tantum dividitur, quæ diviſio eſt utentium potius, quam ſervitutis. Jus ipſum aquæductus indiviſum manet, ſed commoditas aquæ certis menſuris determinari poteſt. Servitutes itaque per ſe ſunt individuæ, licet commoditas earum per tempora & menſuras diviſionem admittat. *l. arbor. 9. §. ult. ff. com. divid. l. 1. §. duo. l. Lucio.* cum lege ſequenti *ff. de aqua quotid. & aſtiv.* Quomodo non proprie dicitur dividi ſervitus, ſed eidem adjici modus vel tempus. *l. 4. §. ult. l. via. §. ult. ff. de ſervit.*

Poſtremo adverſatur *l. 5. ff. de uſufr.* ubi dicitur, pro parte etiam indiviſa conſtitui poſſe uſumfructum. Reſp. Differt hac in

re uſusfructus a cæteris ſervitutibus, quia uſusfructus eſt dividuus, & pro parte etiam indiviſa prædii conſtitui poteſt: hoc eſt, in re communi pro indiviſo recte unus ex dominis pro parte ſua uſumfructum conſtituit alteri. Uſusfructus enim conſiſtit in fructuum perceptione, qui dividi poſſunt. At ſervitus prædialis conſiſtit ſolum in uſu, nihil relinquens poſt ſe corporale poſt uſum, quod poſſit corpore dividi. Jam vero hic uſus eſt indiviſus, quo fit, ut ipſa ſervitus quoque ſit indiviſa. *l. via. 17. ff. de ſervit. Donel. lib. XI. com. c. IX.*

CENTU-

CENTURIÆ SECUNDÆ
ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ

ASSERTIO I.

Servitute impoſita, ne luminibus officiatur, tam de præſentibus, quam futuris luminibus, cautum cenſetur.

IN ſervitute, ne luminibus officiatur, hoc conſtitutum eſt, ut ſi ſimpliciter impoſita ſit, intelligatur tam de præſentibus, quam futuris luminibus cautum: nec unquam ad præſentia lumina reſtringitur, niſi conſtitutio ſervitutis cum expreſſione verborum præſentis temporis facta fuerit, hoc ſcilicet modo, *Lumina uti nunc ſunt, ut ita ſint. l. qui ædificium.* 22. cum *l. ſeq. ff. de ſerv. urb. præd.* Ideoque ſi ædibus tuis impoſuero illam ſervitutem, ne luminibus meis officiant, & poſtea ædes meas altius extulero, non potes lumina novi mei ædificii obſcurare. *d. l.* 23.

Huic aſſertioni opponitur *l. non modus.* 12. *C. de ſerv. & aqua.* ubi conſtituta ſervitute ad prædium meum, ſi poſtea alia prædia vicina quæſierim, non poſſum ad ea aquam ducere te invito: quia, ut inquit Imp. *non modus prædiorum, ſed ſervitus aquæ ducendæ terminum facit*, id eſt, non conſideratur amplitudo & magnitudo prædii, cui debetur ſervitus, ſed formalis ſervitutis conſtitutio, ad quam ſcilicet fundi partem illa facta ſit, quæ terminum facit ſervitutis. Ergo falſum eſt, quod de futuris luminibus etiam cautum intelligamus, ſi generaliter & indefinite conceſſa ſit ſervitus, ne luminibus officiatur. Reſp. Caſtrenſis hæc ita ſolvit, ut putet, aliud obſervandum eſſe in ſervitute ne luminibus officiatur, in qua poteſt prævideri alias feneſtras extrui poſſe, quam in aquæductu, quem qui debet, prævidere nequit, dominum fundi dominantis emturum prædia vicinorum, unde merito conſtituens de illis ſenſiſſe non videtur. Coraſius aliter ſolvit, cenſetque non eſſe diverſum in ſervitute aquæductus conſtitutum, quam in ſervitute, ne luminibus officiatur. Nam quemadmodum impoſita ſervitute aquæ ducendæ ad certum fundum, adquiſitis poſtea prædiis ea ſervitus non debetur, ita ſervitus ne luminibus officiatur, certis ædi-

bus acquiſita, novis ædibus quæſitis non debetur. Sed ſi in ædificio, cui ſervitus debetur, ne luminibus officiatur, feneſtræ aliquæ de novo factæ ſunt, de futuris quoque luminibus cautum videtur. *Coraſ. ad l.* 1. *de ſervit. num.* 31. 32. & 33.

Secundo opponitur hoc modo: Si obligatio reſpectu certæ rei contracta, illa creſcente non augetur. *l. Rutilia.* 69. *ff. de contr. empt. l. ſi tibi mandavero.* 22. §. *is cujus.* 5. *ff. mandat. l. certa forma.* 4. *C. de jur. fiſci.* ſequitur quod in ſervitute, ne luminibus officiatur, non veniant, neque comprehendantur lumina futura. Reſp. Obligatio certæ rei reſpectu contracta non augetur illa creſcente, ſi augmentum illud extrinſecum eſſet, hoc eſt, extra rem contingens. At ſi ex re ipſa augmentum eveniat, creſcit ſine dubio obligatio, quando non ideo acceſſiſſe rei quicquam dicatur. *l. vicinus.* 24. §. *lacus.* 3. *ff. de aqua & aqua plur. arcend.*

ASSERTIO II.

Ad ſervitutes prædiorum, neque interdictum Unde vi, neque Uti poſſidetis, pertinet.

INterdictum *unde vi* non datur dejecto de ſervitutibus prædialibus, ſicut nec interdictum *uti poſſidetis* ei competit, qui in poſſeſſione ſervitutis turbatur. Ratio eſt, quia hæc interdicta tantum iis competunt, qui de poſſeſſione rerum corporalium & immobilium dejiciuntur, ſeu in ea turbantur. *l.* 1. §. 1. *ff. de vi & vi armata. l.* 1. *in princ. ff. uti poſſ.* Præterea cum ſervitutes uti res incorporales non poſſideantur. *l. ſervus.* 43. §. *incorporales.* 1. *ff. de acq. rer. dom.* non poſſunt etiam pro iis hæc interdicta competere. Exiſtimant tamen *Accurſ. Bart.* & communiter *DD. in l. unic. C. uti poſſid.* etiam iis qui deficiuntur vel turbantur in poſſeſſione ſervitutum prædialium, hæc interdicta utilia ſaltem competere. Quæ ſententia jure defendi non poteſt.

Adverſatur primo huic aſſertioni *l. ult. ff. de ſervit.* & *l. ult. ff. quemadm. ſerv. amit.* ubi dicitur, interdicta quaſi poſſeſſoria pro ſervitutibus prædialibus conſtituta eſſe. Reſp. Specialia quædam interdicta ſervitutum cauſa nominatim ſunt comparata, veluti *de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æſtiva, de rivis, de fonte,* & *de cloacis. d. l. ult. l.* 2. §. *ult. ff. de ſuperficiebus.* Verum interdicta *unde vi* & *uti poſſidetis* ad ſervitutes prædiorum non pertinent. *Cujac. ad l.* 4. §. *ſi viam. ff. de uſucap. Donel. ad l. unic. C. uti poſſid. num.* 14.

Secundo objicitur *l. ſicut.* 8. §. *Ariſto.* 5. *ff. ſi ſerv. vindic.* ubi dicitur, ſi quis in alieno aliquid faciat jure ſervitutis, competere domino in eam rem interdictum *uti poſſidetis.* Reſp. Ibi interdictum non datur pro ſervitute vindicanda, ſed contra ſervitutem,

ad

ad retinendam fundi noſtri aut ædium noſtrarum liberam poſſeſſionem, adverſus eum qui facto ſuo poſſeſſionis nobis facit controverſiam.

Tertio adverſatur *l. pen. §. item videamus. 5.* & §. *Labeo. 6. ff. uti poſſid.* ubi domino ædium, qui habet jus ſive ſervitutem projiciendi ex ſuis ædibus ſupra ſolum vicini, competit interdictum *uti poſſidetis*, ut ei projectionis poſſeſſionem retinere liceat. Reſp. Exemplum interdicti de ſuperficiebus trahitur ibi ad projectionem, ſicut ad ſimilitudinem ſuperficiarii; datur etiam emphyteutæ & vaſallo idem interdictum. Hoc ergo interdicto is qui ſupra ſolum alterius jus projiciendi habet, eam projectionem retinere poteſt. Ita eleganter declarat *Cujac. lib. obſ. 17. c. 2.*

ASSERTIO III.

Servitutes neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, ipſo jure conſtitui poſſunt.

ASſertionem hanc pro regula generali tradit Papinianus in *l. 4. ff. de ſervit.* Ratio eſt, quia in ſervitutibus facto patientiæ præſentaneo opus eſt, quo ſervitus prædio imponatur. *l. ult. ff. de ſervit.* quæ ſemel impoſita diem aut conditionem non recipit, quia ſervitutes ſua natura habent cauſam continuam & perpetuam. *l. foramen. 28. ff. de ſerv. urb. præd.* Cui tamen enunciationi quatuor præcipue adverſantur.

Primo objicitur *l. 4. ff. de uſufr.* ubi dicitur, uſumfructum ex die dari poſſe. Reſp. Perſonalis ſervitus, ut puta uſusfructus, ex die & ad diem deberi poteſt. Ratio eſt, quia uſusfructus eſt jus in faciendo conſiſtens, id eſt, utendo fruendo, ea lege, ut prius non ſit, nec conſtituatur, quam quis frui poſſit. *l. 1. ff. quando dies uſusfr. leg. ced.* Itaque cum is ex die conſtitutus eſt, fructuarius ante diem frui non poteſt. Facta enim ut natura, ita & jure ſuſpendi poſſunt, ne prius ſcilicet id facere liceat, quod in diem delatum eſt, quam dies faciendi conſtitutus venerit. *Donel. lib. 11. com. c. 9.* At vero ſervitutes prædiales nihil aliud ſunt, quam qualitates & jura prædiorum. *l. quid aliud. 86. ff. de V. S.* prædiis vero qualitas ſub conditione vel ex die imponi non poteſt, quia non afficitur prædium per impoſitionem ſervitutis realis, niſi ex uſu & poſſeſſione præſenti: quæ ubi ſemel competere cœpit, poſtea ipſo jure per pactum diei vel temporis tolli nequit. Licet autem ſervitutis conſtitutio ex die vel ſub conditione ipſo jure non ſubſiſtat, tamen tuitione prætoris defendetur, qui æquitatem ante oculos habens, nihil æquius exiſtimat, quam pacta ſervari. *l. 1. ff. de pact.*

Secundo refragatur *l. exiſtimo. 98. ff. de V. O.* ubi dicitur, poſſe viam

viam sub conditione promitti. Reſp. Aliud eſt ſervitutem conſtituere, aliud promittere. Qui conſtituit ſervitutem, puta viam vel iter, ſtatim viam dat vel cedit. quod ſub conditione fieri non poteſt; rebus enim qualitates ſub conditione non imponuntur. Qui vero ſub conditione promittit ſe viam daturum, non ſtatim conſtituit viam, ſed tum demum, cum viam dat vel cedit. Promiſſio enim ſervitutis non jus in re, ſed jus ad rem tantum inducit, ſeu obligationem mere perſonalem, quæ illius eſt naturæ, ut conditionem vel diem recipiat. In conſtitutione vero ſervitutis ipſo facto patientiæ præſentaneo opus eſt, quo ſervitus prædio imponatur. *l. ult. ff. de ſervit.* quæ ſemel impoſita pactionibus hominum non poteſt variari, ideoque nec diem aut conditionem recipit, quia ſervitutes natura ſua habent cauſam continuam & perpetuam. *Govea. lib. 1. var. lect. c. 9.*

Tertio opponitur *d. l. 4. §. 1. & §. ult. ff. de ſervit.* ubi dicitur, modum poſſe imponi ſervitutibus, veluti quo genere vehiculi agatur, vel ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, aut ut ſtatis anni temporibus, certiſve diebus quis utatur. Reſp. Conditio ſervituti non recte adjicitur, quia conditione adjecta in eventum conditionis obligatio ſuſpenditur. *l. cedere diem. 213. ff. de V. S.* Modus tamen adjici poteſt, quia modus neque obligationem neque petitionem ſuſpendit, oblata cautione de modo implendo: vel ut clarius dicam, Modus non ſuſpendit, nec afficit ſubſtantiam actus, ut conditio, ſed tantum adjicit qualitatem actui jam perfecto & conſtituto. *d. l. 4. §. ult. ff. de ſervit. l. ſi tibi. 19. ff. de leg. 3. l. quibus diebus. 40. §. ult. ff. de condit. & demonſt. l. cum in teſtamento. 48. ff. de fideicomiſſ. libert.* Præterea modus ſignificat qualitatem, ordinem & formam actui adhibitam, ipſeque modus non facit, quo minus ſervitus ſit continua vel perpetua, ſed tantum uſum ſervitutis certis legibus moderatur, quod minime eſt contra naturam ſervitutis. *Weſemb. in parat. de ſervit. num. 8.* Pulchre *Coraſ. ad d. l. 4. §. modum. Faber in rational. ad d. l. 4. ff. de ſervit.*

Poſtremo obſtat *d. l. 4. §. ult. ff. de ſervit.* ubi dicitur, poſſe ſervitutem conſtitui adjectis temporum intervallis, puta ut aquam ducere liceat certis horis diei, item interdiu, non noctu. Reſp. Illa ſervitutis conſtitutio tempus adjectum habere intelligitur, quæ tempus habet, quo incipit aut finitur ſervitus, id eſt, quando ſervitus ex die vel ad diem conſtituitur. Cum autem ſervitus conſtituitur, ut ea certis temporibus uti liceat; non conſtituitur ex tempore vel ad tempus, ſed pura & perpetua eſt conſtitutio. Tantum intermedium utendi tempus temperatur. Hoc temperamentum recte dicitur modus conſtitutæ ſervitutis. *Donel. d. loco.*

AssER.

ASSERTIO IV.

Servitute conceſſa, ea omnia conceſſa intelliguntur, ſine quibus ſervitute uti non licet.

HÆc definitio comprobatur per *l. 2. ff. de juriſ. l. ſervitutes. 20. §. 1. ff. de ſerv. urb. præd. l. veteres. ff. de itin. actuque priv.* Hinc itinere legato, qua niſi opere facto, iri non poſſit, licere fodiendo ſubſtruendo iter facere, Paulus reſpondit. *l. ſi iter. 10. ff. de ſervit.* Item ſi prope tuum fundum jus mihi eſt aquam rivo ducere, tacite hæc jura ſequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire quam proxime poſſim ad reficiendum ego fabrique mei, item ut ſpacium mihi relinquat dominus, quo ad rivum adeam, & qua terram, limum, lapidem, arenam jacere poſſim.

Obſtat *l. ſi prius. 17. §. recte placuit. 1. ff. de aqua & aqua pluv. arcend.* ubi is cui conſtituta eſt ſervitus aquæductus, non poteſt per lapidem aquam ducere. Reſp. Qui ſervitutem habet, omnia facere poteſt, quæ ſunt ad ejus ſervitutis uſum neceſſaria, citra tamen grave incommodum domini. *l. 3. §. ult. ff. de itin. actuque priv.* Ideoque is qui aquæductum habet, ideo lapidibus rivum ſternere non poteſt, quia hoc majorem in modum fundum ſervientem incommodaret. Nec multo melior inde redderetur conditio ejus, cui ſervitus debetur, cum poſſit fiſtulis & tubulis aquam ducere.

Secundo repugnat *l. 3. §. ult. ff. de ſerv. ruſt. præd.* ubi dicitur, ſi conceſſus alicui fuerit aquæ hauſtus ad flumen publicum, nihil agi, neque in ea conceſſione ineſſe iter, ſive jus adeundi ad flumen. Reſp. Ideo in ea conceſſione iter ſeu aditus ad flumen non continetur, quia præcipua & principalis conceſſio ſervitutis, ſcilicet aquam hauriendi ex flumine publico, non valet (licet enim cuique ex eo ſine conceſſione hujuſmodi aquam haurire & ducere) *l. quo minus. 2. ff. de flumin.* unde nec valebit tacita conceſſio itineris. *l. ſi ſponſus. 5. §. 1. ff. de donat. int. vir. & ux. l. 3. C. ſi pend. app. mors interv.* Verum *d. l. 3. §. fin.* graviter adverſatur *l. 2. ff. com. præd.* ubi dicitur, jus aquam hauriendi e flumine concedi poſſe. Reſp. Hoc accipiendum eſt de flumine privato; nam fruſtra & ſupervacuo conceditur aquæ hauſtus ex flumine publico. *d. l. 3. §. ult. Cujac. lib. obſ. 3. c. 22.*

Tertio repugnat aſſertioni *l. uſufructuarius. 61. ff. de uſufr.* ubi dicitur, *uſufructuarium inchoatum ædificium conſummare non poſſe, etiamſi aliter eo loco uti non poſſit.* Reſp. Aut uſufructuarius toto jure uſusfructus uti non poteſt, niſi ædificium conſummetur, & tunc habet jus ædificium perficiendi, arg. *l. pen. ff. de uſufr.* Aut particulari area vel inchoato ædificio aliter uti non poteſt, & tunc non poterit ædificium inchoatum conſummare. *Coraſ. lib. 1. miſc. c. 6.*

ASSER-

Assertio V.

Inter ſervitutes luminum, & ne luminibus officiatur, item altius non tollendi, nulla eſt differentia.

QUod hæ ſervitutes nihil inter ſe differant, evincitur ex *l.* 15. & 16. *ff. de ſerv. urb. præd.* Quam enim JC. in *d. l.* 15. appellat ſervitutem, ne luminibus officiatur, eam mox in ſeq. lege vocat ſervitutem luminum. Quod vero ſervitus altius non tollendi non differat a ſervitute, ne luminibus officiatur, ex eo evidenter apparet, quod ille finis & uſus eſt ſervitutis altius non tollendi, ne vicini lumina obſcurentur. Cum ergo unus & idem utriuſque ſervitutis ſit finis & effectus, ſequitur, eas nihil inter ſe differre. Pulchre *Cujacius* JC. eminentiſſimus *lib. obſ.* 17. *cap.* 35. ubi notat, inter has ſervitutes, ſcilicet luminum, & ne luminibus officiatur, nihil omnino intereſſe.

Objicitur *l.* 4. *ff. de ſerv. urb. præd.* Ubi JC. definit primum ſervitutem luminum; poſtea autem per adverſativam particulam ſubjicit, quid contineatur ſervitute, ne luminibus officiatur. Reſp. Diverſæ quidem formulæ & conceptiones ſervitutis ibi explicantur, res tamen utrobique eadem eſt. Nam ſervitute luminum conſtituta id acquiſitum cenſetur, ut vicinus lumina noſtra excipiat, id eſt, ne lumina noſtra impediat. Dicitur enim lumina noſtra excipere, qui ea admittit, atque in ſuo conſiſtere patitur; denique qui nihil facit in ſuo, quo minus lumina noſtra uti ſunt, ita ſint. *l. ſi ſervitus.* 23. *ff. de ſerv. urb. præd.* Servitute autem conſtituta, ne luminibus officiatur, hoc acquiſitum cenſetur, ne vicinus lumina ædium noſtrarum obſcuret, vel ædificando, vel quo alio opere. *d. l.* 15. Atque ita utraque ſervitus idem continet. Ita eleganter tradit *Donel. lib.* 11. *com. c.* 5.

Secundo pugnat inter ſe in hac quæſtione *l. ædificia.* 12. & *l. ſi arborem.* 17. *ff. de ſerv. urb. præd.* Nam in *l. ædificia.* traditur, quod qui debet ſervitutem altius non tollendi, poteſt viridaria, id eſt, hortos arboribus conſitos, ſupra eam altitudinem habere. Contra in *l. ſi arborem.* aſſeritur, quod qui debet ſervitutem, ne luminibus officiatur, non poteſt arborem ibi poſitam habere, qua officiatur luminibus vicini. Reſp. Ideo in *d. l.* 12. licet illi ſupra ſuas ædes viridarium habere, quia promiſit & adſtrinxit ſe ſpecialiter tantum, ne ædes ſuas altius tollat. Aliud eſt, quando in genere quis impoſuit ædibus ſuis ſervitutem altius non tollendi: nam ille neque altius ædificando, neque arbores plantando, poteſt quicquam facere, quo officiat luminibus vicini. Vel verius & melius reſponderi poteſt, quod qui debet ſervitutem ne altius ædes ſuas extollat, viridaria ſupra eam altitudinem habere poteſt, hoc eſt,

loca

loca herbis & plantis conſita. Viridaria enim proprie ſunt loca herbis & plantis, non vero arboribus conſita. Atqui arborem non poteſt ibi ponere, qui debet ſervitutem ne luminibus vicini officiat, quia arboribus lumen etiam offuſcatur & aufertur.

ASSERTIO VI.

Servitute ſimpliciter conceſſa, ei electio datur, cui conceſſa eſt, per quam partem fundi ſervientis velit uti ſervitute.

CUm generaliter alicui per fundum altius ſervitus, puta iter, actus, vel via conceditur, domino prædii cui debetur ſervitus, jus eſt eligendi, per quam partem velit uti ſervitute. *l. ſi cui.* 9. *ff. de ſervit.* Ratio eſt, quia quando ſimpliciter ſervitus per alicujus fundum ceſſa vel legata eſt, non definita certa parte fundi, tunc totus fundus ſervit ei, cui ſervitus quæſita eſt; unde merito ei electio conceditur. Neque eſt in poteſtate concedentis ſervitutem, definire, per quam fundi partem eum cui ſervitus conceſſa eſt, ire, agere velit; alioqui totus fundus non ſerviret.

Verum graviter cum *d. l. ſi cui.* 9. pugnat *l. ſi via.* 26. *ff. de ſerv. ruſt. præd.* Ubi dicitur, ſervitute per fundum legata, non tribui facultatem legatario per quam partem fundi velit ire, agere, ſed nominatim heredi, per quam partem fundi velit ſervitutem conſtituere. Reſp. Iſta electio non ſimpliciter tribuitur heredi, ſed ſub iſta conditione, ſi modo ex ea re nulla captione, nullove incommodo afficiatur legatarius. Itaque ſimpliciter electio conceditur legatario, per quam partem fundi eligat ſervitutem, modo abſtineat certis partibus fundi, villis ſcilicet, vineis, vel ædificiis; quæ excepta ſunt ab electione, per quæ loca non licebit illi ſervitutem eligere. In generali enim ſermone tacite quædam excepta intelliguntur ex æquo & bono, licet nominatim expreſſa non ſunt. Itaque non per villam ipſam, nec per medias vineas ire, agere ſinendus eſt, cum id æque commode per aliam partem fundi facere poſſit, minore fundi ſervientis detrimento. Hæc loca fundi a generali conceſſione ſervitutis ſunt exemta, ex ſententia & mente teſtatoris legantis aut contrahentium. Ratio eſt, quia non eſt malitiis indulgendum. *l. in fundo.* 38. *ff. de rei vindic.* & ea eſt natura ſervitutum, ut quis quod ſibi ſit commodum, acquirat. *l. quoties.* 15. *ff. de ſervit.* Itaque contra naturam ſervitutum eſt, ut quis alteri tantum noceat, dum ſibi non proſit. *l.* 1. §. *ſed & foſſas.* 4. *ff. de aqua & aqua pluv. arcend. Donel. lib.* XI. *com. c.* XIII. *Charond. ad d. l. ſi cui.* 9. *ff. de ſervit.* & *libr.* 1. *veriſimil. cap.* 5.

ASSER-

Assertio VII.

Scientia adverſarii in præſcriptione ſervitutum deſideratur.

AD acquirendam quaſi poſſeſſionem ſervitutum & aliarum rerum incorporalium, deſideratur uſus ejus, cui ſervitus acquiritur, & patientia adverſarii. *l. ult. ff. de ſervit. l.* 3. §. *dare. ff. de uſufr. l. ſi ergo* XI. §. 1. *ff. de Publ. act.* Cum autem præſcriptio in incorporalibus ſine quaſi poſſeſſione non contingat. *l. fine. ff. de uſucap.* & illa quaſi poſſeſſio haberi nequeat ſine adverſarii patientia. *l.* 1. §. *ult. ff. de ſerv. ruſt. præd.* ſequitur, & ſcientiam & patientiam ejus contra quem præſcribitur, in uſucapione ſervitutum requiri, quia patientia ſine ſcientia eſſe & ſubſiſtere nequit. Ille enim pati tantum dicitur, qui non ignorat. *l. qui patitur.* 18. *ff. mandat.* Hæc eſt communis DD. opinio, quod ſcientia ejus contra quem præſcribitur, in præſcriptione ſervitutum opus ſit. A qua nove diſceſſit *Longoval. in l. imperium. ff. de juriſd.* ubi tradit, ſervitutes etiam ignorante adverſario uſucapi poſſe. Movetur præcipue per *l. ult. C. de long. temp. præſcr.* ubi conſtituitur, præſcriptionem longi temporis, tam in rebus corporalibus, quam incorporalibus, puta ſervitutibus, non modo contra ſcientem, ſed etiam ignorantem procedere. Verum probabilior & juri magis conſentanea eſt communis DD. ſententia. Quam manifeſte probat *l.* 2. *C. de ſervit.* ubi dicitur, aquæductum longo tempore acquiri, ſi quis ſciente adverſario aquam per ejus fundum duxit. Idem ſtatuitur in *l. ſi a te.* 16. *ff. ſi ſerv. vindic.* ubi dicitur, ſervitutem ſtillicidii immittendi ab eo legitime quæſitam cenſeri, qui ſciente adverſario hoc jus uſurpavit.

Sed graviter obſtat *d. l. ult. C. de long. temp. præſcr.* quæ dicit, in præſcriptione ſervitutum nullam expectandam ſcientiam vel ignorantiam adverſarii. Reſp. ex ſententia Coraſii ad *l. ſervitutes.* 14. *ff. de ſerv.* quod cum ſervitutes ſine titulo uſucapiantur. *l. ſi quis diuturno.* 10. *ff. ſi ſerv. vindic.* ne tot emergant circa uſucapionem ſervitutum ſingularia, ideo placuiſſe legiſlatori, ut ſcientia ejus contra quem præſcribitur, in præſcriptione ſervitutum requiratur. Eo itaque caſu, quo ſervitus cum titulo uſucapitur, ſcientia adverſarii non requiritur, quæ etiam in præſcriptione rerum corporalium non eſt neceſſaria, eo quod in ea titulus requiratur. In quibus terminis *d. l. ult.* loqui videtur. Vide paulo aliter de hac quæſtione differentem *Donel. lib.* XI. *comment. c.* XII.

Assertio VIII.

Iter eſt jus eundi, ambulandi hominus. Actus eſt jus agendi jumentum vel vehiculum. Via eſt jus eundi, agendi, & ambulandi. Qui actum habet, & iter habet. Via & iter & actum in ſe continet.

HÆc omnia traduntur in *ll.* 7. & 12. *ff. de ſerv. ruſt. præd.* Objicitur, quod ex definitione viæ appareat, quod nihil amplius in via, quam in actu continetur, ideoque nulla eſt inter actum & viam differentia. Nam actus eſt jus agendi jumentum vel vehiculum, atque actus iter quoque in ſe continet. Via quoque nihil aliud eſt, quam jus eundi, agendi, & ambulandi. *d. l.* 1. Reſp. Differunt nihilominus actus & via, eo quod dupliciter plus invenitur in via, quam in actu. Nam primo qui habet viam, trahere lapides & trabes, & rectam haſtam ferre poteſt, dummodo non lædat fructus: quæ non permittuntur habenti actum. *l. qui ſella.* 7. §. 1. & §. *qui viam. ff. de ſerv. ruſt. præd.*

Secundo differunt, quod viæ latitudo deſignata eſt a lege, ut in porrectum octo, in anfractum ſedecim pedes habeat: actus vero latitudo incerta eſt, & determinatur vel a contrahentibus, vel ab arbitrio. *l. via.* 8. *l. via.* 23. *l. certo generi.* 13. §. *latitudo.* 42. *ff. de ſerv. ruſt. præd.* Poteſt etiam hoc modo reſponderi, quod ex proprietate & ſubſtantia viæ ſit, ut is qui viam habet, vehiculum ducere poſſit. *d. l. via.* 23. Via enim a vehendo dicta eſt, quaſi veha. Atqui actu conceſſo, non eſt neceſſarium, ut per eum locum poſſit vehiculum duci; ſufficit ſiquidem habenti actum, ut jumentum ſolum ducere queat. *l. ſi tam anguſti.* 13. *ff. de ſervit.* Unde in definitione actus uſus eſt JC. disjunctiva particula *vel* in *l.* 1. *ff. de ſerv. præd. ruſt.* quod actus ſit jus agendi jumentum, vel vehiculum, eo quod alterutrum ſufficiat.

Secundo opponitur, quod qui actum habet, iter non habet; ſunt enim actus & iter diverſæ & ſeparatæ ſervitutes, & actus poteſt eſſe ſine itinere. *l. loci corpus.* 4. §. 1. *ff. ſi ſerv. vindic.* Reſp. *Accurſ. in d. l.* 1. Iter accipitur dupliciter, imprimis, ut eſt ſervitus per ſe; deinde ut eſt commoditas quædam, quæ ineſt ſervituti actus. Qui igitur actum habet, iter non prout eſt ſervitus, ſed uti commoditas eſt, bene habet. Sed adhuc graviter obſt. *l. 1. ff. de adimend. legat.* Ubi dicitur, nunquam actum poſſe eſſe ſine itinere, ideoque qui actu legato iter adimit, nihil adimere videtur. Reſp. Dictum hoc eſt de itinere actus, ſeu de eo itinere, quo utimur in actu ad agendum jumentum vel vehiculum. Abſque eo agi non poſſe jumenta aut currus, ac proinde ſine eo actum eſſe non poſſe, liquido appa-

ret. Unde fit, ut qui actu legato iter adimit, nihil adimere videatur, non hoc iter quod cum jumento cunjunctum eſt, quia non poteſt adimi; nec illud quod eſt ſine jumento, quia prius illud non legavit, nec videtur quicquam adimi, quod prius non eſt legatum. Ita eleganter & ſubtiliter tradit *Donel. lib.* XI. *comment. c.* 6. De differentia itineris, actus & viæ, vide latius *Cujac. lib. obſ.* 22. *c.* 35. *Duaren. lib.* 1. *diſp. c.* 31. *Fabrum lib.* 1. *conject. c. ult. Donel. lib.* XI. *com. c.* VI.

ASSERTIO IX.

Actio finium regundorum XXX. *annorum præſcriptione tollitur.*

Eſt hoc omnibus actionibus mixtis cum perſonalibus commune, ut XXX annorum præſcriptione tollantur. *l.* 7. *C. de petit. hered. l. ſicut.* 3. *C. de præſcr.* 30. *ann. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* ubi expreſſe ſtatuitur, in has tres actiones mixtas, ſcilicet familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum XXX. annorum præſcriptione extingui: textus eſt rotundus in *l. ult. C. fin. reg.* ubi expreſſe ſancitur, quod actio finium regundorum, non ſpacio longi temporis, ſed XXX. tantum annis tollatur, a tempore ſcilicet turbationis finium.

Sed objicitur *l.* 2. §. *ſed ſi fundus.* & *l.* 7. §. 1. *ff. pro empt.* ubi traditur, quod ſi quis fundi ampliores fines, quam ad ſe pertinebant, longo tempore poſſederit, quod eos legitime uſucepiſſe cenſeatur. Reſp. Iſtæ leges ſunt accipiendæ, quando quis ampliores partes terræ poſſedit ex fundo vicini, quam efficiunt fines agri; tunc enim quia non de finibus tantum eſt quæſtio, ſed de proprietate partis fundi, longi temporis præſcriptio locum habet.

Secundo graviter adverſatur *l. quinque pedum.* 5. *C. fin. reg.* ubi dicitur, ſubmotam eſſe quinque pedum præſcriptionem in judicio de finibus regundis. Ergo nulla etiam longiſſimi temporis præſcriptione hoc judicium elidi poteſt. Hæc lex cum Alciato eſt interpretanda, quod ſpacium quinque pedum inter confines agros aratorios eſt relinquendum, quo ire agere uterque dominus poſſit, item aratrum circumduci. Hoc ſpacium quinque pedum uſucapi lege XII. tab. prohibetur. Si vero ultra quinque pedes lis movetur de finibus terræ, tunc locus eſt judicio finium regundorum; cui tamen XXX. annorum ſpacio præſcribitur, ſi tam diu vicinus quiete limites agri ſui poſſederit. Ita notat *Alciat. in comment. ad. d. l. quinque pedum. C. fin regund.* Adſtipulatur. *Cujac. ad tit. C. de præſc.* 30. *vel.* 40. *ann.* & *ad. l.* 4. §. *ult. ff. de uſucap. Weſemb. ad tit. C. fin. regund. num.* 7. & *in paratit. ff. eod. tit. num.* 2. *Fachin. lib.* 8. *controv. jur. c.* 35.

ASSERTIO X.

Tria judicia diviſoria rectè dicuntur actiones mixtæ, tam in rem, quam in perſonam.

QUod hæc tria judicia diviſoria, ſcilicet actio familiæ erciſcundæ, finium regundorum, & communi dividundo, mixta ſint. id eſt, tam in perſonam, quam in rem, probatur ſatis evidenter in §. *quadam.* 20. *inſt. de act.* ubi dicuntur hæc tria judicia mixtam cauſam obtinere. Sic actio familiæ erciſcundæ proprie dicitur actio in rem reſpectu partis hereditatis, quæ ad coheredem petentem pertinet, quia coheres vindicat rei ſuæ dominium, ſcilicet portionem hereditatis ad ſe pertinentem. In perſonam vero dicitur, reſpectu portionis alterius coheredis. Nam in diviſione neceſſe eſt alteri coheredi attribui pro diviſo, quod alterius coheredis erat proprium pro indiviſo. *l. non poſſumus.* 7. *ff. ſi pars hered. pet.* Præterea quando res communes non poſſunt commode dividi, tunc judex poteſt ſingulis heredibus res ſingulas hereditarias, vel uni ex conſortibus totam rem communem adjudicare, eumque viciſſim coheredi in certo precio condemnare. *l. ſi familia.* 55. *ff. fam. erciſc.* Propter has adjudicationes hæ actiones dicuntur in perſonam. Unde & traditur judicium familiæ erciſcundæ conſtare ex rebus & perſonalibus præſtationibus in *l. item Labeo.* 22. §. *familia.* 1. *ff. fam. erciſc. l.* 4. §. 3. *ff. commun. divid.* fac. *l. ſi quis cum exiſtimaverit.* 29. *ff. commun. divid.* ubi dicitur, quod *magis ex re in quam impenditur, quam ex perſona ſocii naſcitur communi dividundo actio.*

Objicitur primo huic enuntiationi *l.* 1. *ff. fin. reg.* ubi dicitur, quod actio finium regundorum ſit in perſonam. Reſp. Hæc lex magis confirmat noſtram ſententiam, qua tradit JC. in *d. l.* 1. quod hæc *actio in perſonam eſt, licet pro rei vindicatione ſit.* Ex quibus verbis colligitur, quod mixtam cauſam hæc actio obtineat, id eſt, in rem, & in perſonam. Nam quatenus quiſque fines ſuos vindicat, eatenus actio finium regundorum eſt in rem, & cauſam habet ex dominio: quatenus vero judex agri fines commode dirimere nequit, niſi aliquam portionem ex vicini agro adjudicet vicino, facta viciſſim ei in pretio condemnatione, eatenus in perſonam eſt actio. *l.* 2. 3. & 4. *ff. fin. regund.*

Secundo contendit *Jaſon* probare *in d.* §. *quadam. inſt. de action.* nullas eſſe mixtas actiones in rem & perſonam, hoc argumento, quod duæ contrariæ ſpecies in uno individuo non poſſint concurrere. Atqui actiones perſonales & reales ſunt contrariæ. ergo non poſſunt in eodem ſubjecto ſimul conſiſtere. Reſp. *Zaſ. ad d.* §. *quadam.* optimum quandoque ex contrariis fieri temperamentum. Nam & quatuor contrariæ complexiones & humores

reſident in corpore humano, & tamen ex his componitur homo. Itaque non eſt abſurdum, quod ex duabus contrariis qualitatibus tertia ſpecies conſtituatur.

Tertio has tres actiones eſſe in perſonam duntaxat, ac non in rem, & proinde nec mixtas, convincitur hoc argumento, quod actio in rem nunquam datur poſſidenti, quem quidem conſtat poſſidere, & qui ſe pro tali haberi velit. *l.* 1. §. *pen. ff. uti poſſid.* §. *aque. inſt. de act.* At judicium familiæ erciſcundæ datur etiam poſſidenti. *l.* 1. in verb. *quæ quidem actio. ff. fam. erciſc.* Ergo non eſt actio in rem, ſed in perſonam tantum. Reſp. Hæc argumentatio procedit in actionibus quæ in ſolidum & mere ſunt reales, non vero in mixtis. At hæ actiones dicuntur in rem, quatenus quiſque rem ſuam petit; quatenus vero ex diviſione adjudicatur uni coheredi pars alterius, eatenus ſunt actiones perſonales. Præterea in quantum agitur ad perſonales præſtationes, ut puta cum contra unum coheredem vel ſocium, qui communem hereditatem, vel alia bona communia ſolus poſſedit, agitur ad fructus, aliaque commoda ex hereditate percepta communicanda: item ad damna in communibus bonis illata, reſarcienda, eatenus ſunt actiones perſonales. Atqui actiones in perſonam etiam dominis licet poſſidentibus rem petitam, competunt. Diſſentit *Faber lib.* 20. *conject. c.* 10. ubi aſſerit nullas actiones eſſe mixtas in rem, & in perſonam. Quod autem in §. *quædam.* 20. *inſt. de action.* aſſeritur, quaſdam actiones eſſe mixtas, & ideo ſic dictas, quod tam in rem, quam in perſonam ſint, vult poſteriora illa verba, *tam in rem, quam in perſonam*, eſſe irreptitia, & ideo delenda. Porro ideo ſtatuit has actiones dici mixtas, quod in iis uterque ſit actor & reus, qua ratione etiam judicia duplicia dicuntur. *l. actionis.* 37. §. *mixta.* 1. *ff. de obl. & act.* Nam cum in iis judiciis par ſit cauſa omnium litigatorum, uterque in iis dicitur actor, uterque reus, & hoc demum ſenſu contendit has actiones proprie dici mixtas. *l. judicium.* 10. *ff. fin. regund. l. inter coheredes.* 44. §. *qui familia.* 4. *ff. fam. erciſc.* Diſſentit quoque *Donel. ad d.* §. *quædam.* 20. *num. ult. inſt. de act.* ubi probare intendit, hæc tria judicia diviſoria non eſſe actiones mixtas, ſed revera eſſe in perſonam tantum, non in rem. verum rationes illius ſunt admodum frivolæ, & argumenta valde levia, quibus in prædictis ſatis plene & ſolide a nobis eſt reſponſum.

ASSERTIO XI.

Familiæ erciſcundæ actio ſemel tantum intentari poteſt, & ſi quid indiviſum remanſerit, communi dividundo agetur.

HÆc deciſio iiſdem fere verbis traditur in *l. filia.* 20. §. *familiæ.* 4. *ff. fam erciſc.* Ratio eſt, quia hoc eſt univerſale judicium, quo univerſum jus hereditarium in judicium deducitur, ideoque ſemel intentatum non repetitur: ſed de rebus cæteris, quæ indiviſæ relictæ ſunt, agetur communi dividundo. Sed huic ſententiæ adverſari videtur *l. fundus.* 30. *ff. fam. erciſc.* ubi talis facti ſpecies proponitur: *Ego & tu coheredes ſumus: in hereditate fundus eſt, in quo eſt ſepulchrum utrique commune: volo dividere fundum, ut certam partem nactus juſta faciam.* Quæritur, an agere poſſim actione familiæ erciſcundæ, de eo fundo dividendo, in quo eſt commune ſepulchrum: & dicitur poſſe me experiri. Ergo & videtur de una re hereditaria poſſe agi actione familiæ erciſcundæ. Reſp. Ita demum arbiter in hoc judicio datus dividet fundum, ſi & cætera corpora hereditaria communione eximat. Itaque cum cæteris rebus hæreditariis veniet hic fundus in diviſionem, non ſolus; quia de una re hereditaria hoc judicio non agitur; ſed eximendæ ſunt ſimul & cæteræ communione. Hoc modo non obſtait. *d. l. fundus.* ſi modo legatur in ea *l. exemtis.* id eſt, diviſis, ut habent pandectæ Florentinæ, non *exceptis.*

Poſteriori parti theſis, qua dicitur, ſi in actione familiæ erciſcundæ relictum quid ſit indiviſum, agi poſſe communi dividundo, adverſatur *l. in hoc judicio.* 27. *ff. fam. erciſc.* ubi dicitur, quod judex in omnium coheredum perſona debet facere condemnationes & abſolutiones, & ſi in alicujus perſona quid fuerit omiſſum, tota ſententia eſt irrita. Ergo non valet ſententia judicis in actione familiæ erciſcundæ, ſi aliquid relinquatur indiviſum. Reſp. Illa lex accipienda eſt de præſtationibus perſonalibus. Judicium hoc conſtat partim ex rebus, partim ex perſonalibus præſtationibus. *l. item.* 22. §. *familiæ* 4. *ff. fam. erciſc.* De præſtationibus perſonalibus judex non recte pronunciat, niſi de omnibus, quæ ſpecialiter in judicium ſunt deductæ, pronuntiet: ut ſi unus ex coheredibus fecit impenſas in rem communem, damnabitur coheres, ſi probetur eas factas eſſe: ſin minus, abſolvetur. ſi vero fructus aliquos ex hereditate percepit, ad eorum reſtitutionem pro parte hereditaria eum coheredi condemnabit, nec quicquam horum omittet. Sed de rebus id eſt, hereditatis diviſione recte pronuntiat judex, etiamſi aliquid indiviſum relinquat, quia res in judicium deducuntur generaliter, non ſpecialiter, & ideo facile eſt aliquid omittere. Hæc ſolutio

probatur, quod JC. in *d. l.* 27. utitur verbis *condemnandi & abſolvendi*: nam præſtationum perſonalium nomine judex debet heredem condemnare, ſi vere probatum ſit impenſas eſſe factas, vel fructus perceptos; vel abſolvere, ſi nihil probetur. Atqui rerum nomine fiunt adjudicationes & condemnationes, abſolutiones vero non fiunt unquam, ſed cuique ſua pars adjudicatur. Pulchre *Cujac. lib. obſ.* 23. *c.* 1.

ASSERTIO XII.

Diviſio hereditatis non retractatur, niſi læſio dimidium juſtæ portionis egrediatur.

SI læſio ultra dimidiam juſtæ portionis partem in diviſione hereditatis interveniat, diviſio retractatur. Hæc eſt communis DD. opinio teſte *Scurf. cent.* 1. *conſ.* 28. *Weſemb. in parat. num. ult. ff. fam. erciſc. Pinel. ad l.* 2. *part.* 2. *num.* 1. *C. de reſc. vend.* Comprobatur hæc ſententia per *l. Lucius.* 38. *ff. fam. erciſc. l.* 1. *C. com. utr. jud. &c.* ubi dicitur, quod diviſio ſpeciem emtionis obtineat: unde ſicut emtio reſcinditur, ſi læſio dimidium juſti precii excedat, ita & diviſio. Nam quamvis remedium *l.* 2. *C. de reſc. vend.* contra rem judicatam non obtineat. *Jaſ. in l. ſi quis cum aliter. ff. de V. O.* tamen quia non tam pronuntiatur ſuper diviſione, quam ex ſententia, diviſio auctoritate mandatoque judicis ſuſcipitur, ideo æquius videtur, hoc auxilium enormiter læſis non denegari. *d. l. Lucius.* Sin autem coheres infra dimidium ſuæ portionis in diviſione eſt deceptus, non retractatur diviſio.

Objicitur *l. ſi ſoror.* 8. *C. de collat.* ubi dicitur, ſi ſoror cum fratre diviſit hereditatem paternam, nec dotem contulit, judex dotem conferri præcipiet, & reſtitui jubebit, quod amplius apud ſororem ſua portione eſſe deprehendet. Reſp. Frater petendo collationem dotis, non venit contra diviſionem, ſed tantum petit ſororem ad collationem dotis in diviſione omiſſam conſtringi, quam ex lege tenebatur communicare.

Secundo graviter obſtat *l. majoribus.* 3. *C. com. utr. jud.* ubi admittitur reſciſſio diviſionis inæqualiter factæ, quomodocunque aliquis in diviſione læſus ſit. Unde videtur diviſio reſcindenda, licet alter coheredum minus læſus ſit, quam in dimidua ſuæ portionis parte. Reſp. Quod majoribus dicitur ſubveniri in diviſione per fraudum vel dolum vel perperam facta, hoc intelligendum eſt, dummodo læſio dimidium juſtæ portionis excedat. Quod ratio generalis ſubjecta liquido demonſtrat, dum dicitur: *Quod enim in bona fidei judiciis inæqualiter factum eſt, in melius reformabitur.* Atqui nullum aliud in bonæ fidei judiciis remedium extat, quo in contractibus læſio in quantitate precii reſcinditur, quam remedium *l.* 2. *C. de reſc. vend.* Deni-

Denique adverſatur *l.* 3. *C. ex quib. cauſ. major &c.* ubi dicitur, in contractibus bonæ fidei majoribus læſis officio judicis ſubveniri, Unde colligitur, quod cum reſtitutio in integrum detur ob modicam ſummam, eaque competat judicis officio. *l. ſcio.* 4. *ff. de reſt. in int. l. quod ſi minor.* 18. §. *fin. ff. de minor.* quod diviſio reſcindatur etiam ob minorem læſionem, quam in dimidia portione. Reſp. *Officium judicis* ibi non intelligitur de extraordinario auxilio reſtitutionis in integrum, ſed *officium judicis* ibi appellatur, quod cohæret judiciis diviſoriis, quod *mercenarium judicis officium* DD. vocant. *gl. in d. l.* 3. Non ergo propter aliam læſionem diviſio retractatur inter majores, quam quæ fit ſupra dimidium ſuæ portionis. Quæ verior & receptior eſt DD. opinio, licet ab ea diſcedat. *Molin. in conſuet. Pariſ. rubr.* 1. §. 154. *Fachin. lib.* 8. *controv. jur. c.* 36. Quod ſi inter minores 25. annis diviſio hereditatis ſit facta, atque unus illorum etiam infra dimidium juſti pretii ſit læſus, per reſtitutionem in integrum diviſio tractabitur. textus eſt notabilis in *l. ult. ff. fam. erciſc.* ubi dicitur, diviſionem hereditatis factam inter coheredes extra judicium, arbitro accepto non revocari, niſi intercedat ætatis auxilium. Ideoque etiam inter minores 25. annis diviſione facta, ſi unus eorum etiam infra dimidium læſus ſit, diviſio retractabitur. fac. *l. penul. C. fam. erciſc.* textus notabilis in *l. penult. C. com. divid.*

Assertio XIII.

Nunquam actio negotiorum geſtorum, & familiæ erciſcundæ ex eadem cauſa concurrunt.

Si quis pro parte coheredis quid geſſerit in hereditate vel communi, quæritur, qua actione id repetat. Et ſtatuendum eſt, nunquam ex eadem cauſa poſſe concurrere actionem negotiorum geſtorum cum actione familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo: ideoque ut conſtet, utra harum actionum competat, hæ duæ certiſſimæ juris regulæ notandæ ſunt. Prima eſt, ubi quis quid geſſit pro parte coheredum, quod potuiſſet pro ſua parte tantum gerere, competit actio negotiorum geſtorum, non familiæ erciſcundæ vel communi dividundo. *l. in familiæ.* 20. *C. fam. erciſc.* Secunda, ubi quis communiter quid geſſit etiam pro parte coheredum, quod nec aliter potuiſſet gerere, quia propter partem ſuam neceſſe habuit rem totam gerere, non datur negotiorum geſtorum, ſed familiæ erſciſcundæ vel communi dividundo actio. *l. his conſequenter.* 18. §. *penult. ff. fam. erciſc. l. fiſtulas.* §. *pen. ff. de contr. empt. l. ſi communes.* 40. *ff. de neg. geſt. l.* 6. §. 2. verſ. *hoc autem.* & §. *ſi damni duorum. ff. commun. divid.*

Objicitur *l. Mævius.* 52. §. 1. *ff. famil. erciſc.* ubi ſervus liber

& heres eſſe juſſus, tenetur coheredibus ſuis judicio familliæ erciſcundæ, nomine earum pecuniarum, quæ apud eum reliquæ ſunt ex adminiſtratione rationum domini. Diſtingue: Aut ſervus exegit pecunias domini poſt ejus mortem, & tunc tenebitur heredibus eas communicare actione negotiorum geſtorum, quia neceſſe non habuit heres ex parte ſcriptus, eas in ſolidum exigere. *l ejus qui* 41. *ff. de reb. cred.* Aut ante mortem domini exegit eas a debitoribus domini, & tunc ſicut erant domini dum viveret, ita & illo mortuo hereditatis fient, ideoque familiæ erciſcundæ judicium coheredibus dabitur. *d. l. Mævius.* §. 1.

Secundo adverſatur *l.* 3. *C. de neg. geſt.* in qua concurrunt in eadem cauſa actio negotiorum geſtorum & familiæ erciſcundæ. Reſp. Diverſo reſpectu hæ actiones concurrunt. Nam coheres quod pignus liberaverat, cujus cauſa eſt individua, *l.* 25. §. *idem obſervatur.* 14. *ff. fam. erciſc.* habet contra coheredes actionem familiæ erciſcundæ, quia pro parte ſua pignus liberare non potuit. Quod vero etiam ære alieno liberavit coheredes ſuos, cujus cauſa eſt dividua, eatenus habet contra eos actionem negotiorum geſtorum, quia pro parte ſua a debito ſe liberare potuit. Ita tradit *Cujac. in tract. ad African. ad l. ejus qui.* 41. *ff. de reb. cred.* & *lib. obſ.* 26. *c.* 36.

ASSERTIO XIV.

Heredes, etiamſi XXX. *annos in communione ſteterunt, nihilominus poſſunt ad diviſionem provocare.*

NObilis eſt quæſtio, an ſi heredes xxx. annis in communione ſteterint, poſt tantum tempus poſſint a communione recedere. *Gl. cum ſuis in l.* 1. §. *adhac.* 1. *C. de annal. except.* putat, actioni de dividenda hereditate præſcribi xxx. annis, ita ut heredes, qui tamdiu in communione ſteterunt, cogantur in ea permanere. Contra Martinus & Placentinus exiſtimant, poſt xxx. annos poſſe etiam libere a communione recedi, & inſtitui familiæ erciſcundæ judicium, ut dividatur hereditas. Martini opinio communiter a DD. approbatur, ſicut plerunque ejus opiniones in graviſſimarum rerum controverſiis veriſſimas eſſe teſtatur *Olden. cl.* 5. *act.* 8. Defenditur hæc concluſio tribus præcipue argumentis. Primo, quia naſcitur familiæ erciſcundæ actio demum ex voluntate coheredum dividere volentium. *l.* 1. *ff. fam. erciſc.* in verb. *proponitur hac actio a communione diſcedere volentibus.* Unde non prius curret præſcriptio contra hanc actionem, quam nata ſit, hoc eſt, priuſquam ab uno coheredum renuntiata fuerit communio. Secundo, quia contra poſſidentem non currit præſcriptio. *l. male agitur. C. de praſcr.* 30. *ann.* igitur cum uterque coheres poſſideat, durante communione non poteſt procedere præſcriptio. Tertio, quia

quia per pactum non poteſt tolli actio, quæ pro diviſione datur. pacto non poteſt effici, ut conſortes perpetuo in communione perſeverent. *l. in hoc judicium.* 14. §. *ſi conveniat.* 2. *ff. commun. divid.* ergo nec præſcriptione hoc inducetur, arg. *l. nam ſatis.* §. *ſed ſi is. ff. quemadm. ſerv. amit.* maxime cum neuter coheredum præſcribere intendat, ſed tanquam rê communi utendum putavit. *Ferra. in libel. pro. hered. divid.*

Non obſtat *l.* 1. §. *adhæc.* 1. *C. de annal. except.* quæ ait, xxx. annis actioni familiæ erciſcundæ præſcribi, quia additur in textu, *ex quo hæc actio nata eſt, & competere incepit.* Naſcitur autem hæc actio tum demum, cum coheredes incipiunt ad diviſionem hereditatis provocare. Unde quam diu libere & volentes in communione perſiſtunt, tamdiu non potuit naſci hæc actio. Pulchre *Zas. ad* §. *quadam. inſt. de action.* Vel reſponde, quod lex quæ vetat poſt xxx. annos judicium familiæ erciſcundæ intendere, habet locum, quando uterque coheres non poſſedit. Unde ſi unus coheredum ſolus univerſam hereditatem poſſedit per xxx. annos, tunc coheredem agentem actione familiæ erciſcundæ ad diviſionem poteſt repellere xxx. annorum præſcriptione. Hanc ſententiam approbat *Fachin. lib. 6. contrav. jur. c.* 36. *Sneidewin. ad* §. *quadam. num.* 67. 68. 69. 70. & 71. *inſt. de action.* ubi notat, hanc communem eſſe DD. opinionem, quod heredes qui xxx. annos in communione ſteterunt, poſſint libere a communione recedere, & ad diviſionem hereditatis provocare, intentata actione diviſoria familiæ erciſcundæ. *Coſtal. ad d. l.* 1.

ASSERTIO XV.

Si convenit, ut pecuniam, quam mihi debes ex cauſa mandati, retineas mutui nomine, mutuum contrahitur.

SI convenit, ut procurator, qui pecuniam mihi debebat ex cauſâ mandati, in cauſam mutui eam retineat, convertitur hæc conventio in mutuum, ita ut ex mutuo recte agi poſſit. *l. ſingularia.* 15. *ff. de reb. cred.* Et hoc ſingulariter receptum eſt propter uſum pecuniæ creditæ, quo vita hominum carere non poteſt. Jure communi non contrahitur mutuum, niſi de meo fiat tuum. Jure ſingulari contrahitur mutuum, ſi nummos a te mihi debitos ex cauſâ mandati, conveniat, ut retineas & uſurpes tanquam mutuos, licet pecunia nondum fuerit mea, antequam eam tibi credidi. Hic jure ſingulari fingitur pecunia ex mandato mihi debita, prius a te mihi numerata, & deinde a me tibi credita. & ſic fictione brevis manus, celeritate conjungendarum actionum, unus actus occultatur, Ita in *d. l. ſingularia.* argumentatur *Ulpianus.*

Verum graviter ab Ulpiano diſſentit *Africanus in l.* 34. *qui ne-*

gotia. 34. *ff. mandat.* ubi Africanus vult ea nuda conventione non fieri pecuniam creditam: itaque non dicetur mutuum, ſi pecuniam, quam mihi debes ex cauſa mandati, tibi creditam volo. Reſpondet *Cujac. lib. obſ.* 8. *c.* 8. & *in tractatu ad Afric. in d. l. qui negotia.* quod Africanus potius mero & ſubtili jure nitatur, quo re, id eſt, traditione propriæ pecuniæ, non nudo pacto mutuum contrahitur. Sed Ulpiani ſententia verior eſt, quæ æquitate & benignitate nititur, eaque ex *l. 6. C. ſi cert. pet.* confirmatur. Nam ibi debitum ex cauſa venditionis non convertitur in mutuum ex nudo pacto, ideo quod contrahentes ſimularunt mutuum. Si itaque ſimulatio abſit, erit mutuum ex pacto. Atque ita ſumpto argumento a contrario ſenſu Ulpiani ſententia hodie prævalet: nec enim ſubtilitates juris ſunt probandæ a judicibus. *l. ſicut.* 8. §. *ſi debitori.* 16. *ff. quib. mod. pig. ſolv. l. ſi fidejuſſor.* 29. §. *quædam.* 4. *ff. mandat.* ubi dicitur, quando de bona fide agitur, non congruit de apicibus juris diſputare. Vel aliter reſponderi poteſt, quod Africanus negat, quod ex nuda & ſola pactione mutuum contrahatur, ſed requiratur præterea rei interventus. Itaque ex nudo pacto effici non poteſt, ut ex mandato debitum ſit mutuum. Contra Ulpianus vult recte paciſci poſſe, ut ex mandato debitum retineatur in mutuum, ut ſcilicet fiat mutuum non ex ſolo pacto, ſed poſtquam pecunia ex mandato debita fuerit mutui cauſa contrectata, mota ſeu retenta. Fuit ergo in *d. l. ſingularia.* pecunia præſens & parata ſolutioni. Quod inde apparet, quia JC. in *d. l. ſingularia.* utitur his verbis: *Si convenerit, ut pecuniam ex mandati cauſa mihi debitam crediti nomine retineas.* Is retinere quid dicitur, qui jam habet, quod vult retinere. Contra in *d. l. negotia.* res fuit acta inter abſentes & per epiſtolam; unde nec pecunia videtur præſens fuiſſe, vel parata ſolutioni. Itaque pecunia in hac ſpecie nuda pactione credita fieri non poteſt. Ita ex communi DD. ſententia decidit *Donel. ad d. l. ſingularia. num.* 25. 26. 27. & 31. Aliam ſolutionem vide apud *Johan.* *Robert. lib.* 2. *ſent. jur. c.* 4. Vide etiam de conciliatione prædictarum legum *Emanuel. Zuarez. lib.* 1. *obſer. c.* 4. *Borcholt. c.* 5. *ad tit. de reb. cred. num.* 20.

ASSERTIO XVI.

Licet pecunia depoſita ſit gratia accipientis, convertenda in mutuum, tamen periculum caſus fortuiti non præſtatur.

SI pecunia gratia accipientis ſit depoſita, ſub hac conditione, ut ſi domum, vel prædia emiſſet, eſſet illi mutua, periculo eſt depoſitarii. Ita traditur in *l.* 4. *ff. de reb. cred.* Sed quia periculi nomen diverſimode in legibus accipitur, & modo damnum culpa datum

tum ſignificat. *l. 5. §. commodatum.* & *§. ſeq. ff. commod.* modo damnum quod caſu fortuito contingit. *l. ſi gratuitam.* 17. §. 1. & 2. *ff. de præſcr. verb. l. 1. C. commod.* dubitant interpretes, de quo periculo teneatur depoſitarius hoc caſu. *Joan.* antiquus gloſſator, & eum ſecuti *Decius*, *Molinæus* & *Donel. in d. l.* 4. exiſtimant eum de caſu fortuito teneri, ex hac ratione, quod hoc depoſitum naturam mutui ſapiat, in quo præſtatur caſus fortuitus a debitore. *l. incendium.* 11. *C. ſi cert. pet.* Pro hac ſententia adfertur etiam. *l. rogaſti.* 11. *ff. de reb. cred.* ubi deciditur periculum eſſe depoſitarii, ſi quis lancem vel maſſam apud eum depoſuit, ut eam venderet, & nummis uteretur, ſi ea ſine culpa ejus perierit.

Alii affirmant hunc debitorem de leviſſima tantum culpa teneri, non de caſu fortuito. Quam ſententiam ſequuntur *Azo*, *Bart. Caſtren. Zas.* & *Vigl. ad d. l.* 4. quibus ſuffragatur *Facbin. lib.* 2. *contr. jur. cap.* 70. Quæ ſententia mihi ſanior & probabilior videtur. Et primo hac ratione probatur, quod dominium rei depoſitæ ad deponentem pertinet, antequam depoſitarius ea utatur; periculum autem caſus fortuiti ad dominum ſpectat. *l. pignus.* 9. *C. de pig. act.* Secundo confirmatur ex *l. 1. §. ſæpe evenit.* 35. *ff. depoſ.* ubi dicitur, quod depoſitarius qui depoſito ſe obtulit, periculo ſe obligavit, & tamen de culpa leviſſima tantum tenetur, non vero de caſu fortuito.

Hac ſententia pro certo poſita, ad argumenta contraria facile reſponderi poteſt: & primo, quod dicitur periculum aliquando ſignificare caſum fortuitum, hoc non obtinet in depoſito, in quo periculi appellatione venit tantum culpa leviſſima. *d. §. ſæpe.* Secundo non obſtat, quod dicitur depoſitum hoc in caſu gratia mutui factum, & ideo ſapere naturam mutui: nam antequam depoſitarius ea pecunia utatur, manet depoſitum, & non poteſt dici mutuum. *l. 1. §. ſi pecunia.* 34. *ff. depoſ.* Ideoque quoniam ipſius depoſitarii gratia ſit depoſitum, tenetur de culpa leviſſima, non autem de caſu fortuito, ſicut in aliis etiam contractibus, qui accipientis tantum cauſa fiunt, leviſſima tantum culpa venit. *l. 5. §. commodatum. ff. commod.* Denique ad *d. l. rogaſti.* reſpondent DD. quod ibi dicitur rem ſine culpa periiſſe, accipiendum eſt de culpa lata vel levi, non autem leviſſima. Præterea poteſt dici, JC. ibi non loqui de depoſito, ſed de re data vendenda, ut pretio ex re vendita redacto venditor uteretur. Nam in depoſito nunquam periculo caſus fortuiti obligatur depoſitarius. *d. l. 1. §. ſæpe.*

Assertio XVII.

Debitum particulariter ſolvi non poteſt, ex communi DD. ſententia, contra Alciatum *&* Corasium.

MUltis legibus traditur debitum pro parte ſolvi poſſe. *l. ſtipulatus.* 9. §. *qui decem.* 1. *ff. de ſolut.* §. *item per acceptilationem.* 1. *inſt. quib. mod. tol. obl.* Quod tamen accedente creditorum conſenſu intelligendum eſſe, recte Accurſ. & communis interpretum ſchola docet, cum invitus creditor, ut partem debiti accipiat, cogi non poſſit. Hinc ſi pars debitæ pecuniæ offeratur & obſignetur, ne pro parte quidem liberatio contingit. *l. tutor.* 41. §. *Lucius.* 1. *ff. de uſur.* Unde impp. Valentinianus & Valens emphyteuticorum & patrimonialium fundorum poſſeſſoribus ſingulariter indulſerunt, ut particulatim canonem ſolvere poſſent. *l. placuit.* 4. *C. de coll. fund. patr.* Quod ad privatos extendi non debet, idque æquitatis ratione, cum partium exactio & ſolutio magna adferat incommoda. *l. plane.* 3. *ff. fam. erciſc. Coſtal. ad l. quidam. ff. ſi cert. pet.* Pulchre *Fachin. lib.* 10. *controv. jur. cap.* 59. ubi egregie tuetur & defendit communem DD. ſententiam, quod creditor invitus non cogitur accipere ſolutionem partis debiti. Quam ſententiam etiam eleganter defendit *Godæus ad l. minus.* 31. *ff. de V. S.*

Secundo hanc ſententiam confirmat, quod Paulus ſcribit, favore libertatis cogendum eſſe heredem, ut decem per partes accipiat, quæ ſervus heredi dare a teſtatore juſſus eſt. *l. cum heres.* 4. §. *item ſi decem.* 6. *ff. de ſtatu lib.* Quorſum enim hoc favore libertatis receptum eſſe Paulus ſcriberet, ſi generaliter partis ſolutio invito creditore fieri poſſet? Unus tamen caſus notandus eſt, quo debitum pro parte ſolvi poteſt invito creditore: quando nimirum debitor partem pecuniæ in judicio petitæ ſe debere profitetur, partem vero negat: tunc enim prætor petitorem cogere poteſt, ut partem confeſſatam accipiat, & partem negatam judicio perſequatur, idque litium diminuendarum gratia. *d. l. quidam. l.* 8. *ff. ſi pars hered. pet.*

Ab hac communi veriſſima & æquiſſima ſententia primus omnium poſt Decium receſſit *Alciatus in d. l. quidam.* & ſolutionem debiti diviſionem recipientis, invito creditore, particulatim fieri poſſe docuit. Idem etiam conatur adſtruere *Coraſ. ad l.* 2. §. *& harum. ff. de verb. oblig.* Idque auctoritate text. *l.* 2. *in princ. ff. de V. S.* ubi dicitur, ſtipulationem certæ ſpeciei vel quantitatis recipere partium præſtationem. Sed reſpondendum eſt, hoc ita accipiendum eſſe, quod hæ res in ſtipulationem deductæ pro parte ſolvi & præſtari poſſint, ſi accedat creditoris conſenſus: uti ex communi DD. opinione locus ille a DD. recte explicatur.

Ob-

Objicitur ſecundo, quod creditor poteſt debiti partem petere etiam ab invito debitore. *l. in commodato.* 17. §. *duabus.* 4. *ff. commod.* Ergo etiam in debitore admittetur particularis ſolutio, cum correlativorum eadem ſit natura, maxime quod pro debitore faciat favor liberationis. Reſp. Argumentum a correlativis non procredit, quando diverſa eſt correlativorum ratio. Atqui hoc axioma, quod creditori invito non poſſit per partes ſolvi, introductum eſt in favorem creditoris. *l.* 3. *ff. fam. erciſc.* Jus autem non patitur, ut quod in favorem alicujus comparatum eſt, in odium ejus retorqueatur. *l. nulla.* 25. *ff. de legib.*

Tertium argumentum: Permiſſum eſt ſingulis heredibus debitoris, partem debiti hereditarii, in quam ſucceſſerunt, ſolvere. *l.* 2. *C. de hered. act. l.* 1. *C. ſi cert. pet.* Ergo & ipſi debitori partem debiti invito creditore præſtare licebit: non enim ex perſona heredum obligationis conditio immutari debet. *l.* 2. §. *ex his.* 2. *ff. de V. O.* Reſp. Ideo heredibus debitoris pro parte hereditaria debitum præſtare permittitur, quia ipſo jure & legis 12. tab. æs alienum defuncti pro portione hereditaria inter ſingulos heredes dividitur. *l. pacto.* 26. *C. de pact.* Idque ideo receptum eſt, quia heres ultra ſuam portionem non eſt heres, ideoque nec ultra eam portionem ut heres tenetur.

Quarto adverſatur §. *item per acceptilationem.* 1. verſ. *ſicut. inſt. quib. mod. toll. obl.* ubi dicitur, quod debetur, pro parte recte ſolvi poteſt. Reſp. Hoc ita intelligendum eſt, ſi accedat conſenſus creditoris. Quod declarat ſimilitudo in textu poſita inter ſolutionem & acceptilationem. Sic enim inquit Imperator: *Sicut quod debetur, pro parte recte ſolvitur, ita pro parte debiti acceptilatio fieri poteſt.* Itaque quemadmodum acceptilatio non recte concipitur, niſi cum creditoris conſenſu, ita & ſolutio particularis recte fieri nequit, niſi accedente creditoris conſenſu. *l. tutor.* 41. §. *Lucius.* 1. *ff. de uſur.* Ratio eſt, quia ſolutio debiti particulariter invito creditore facta maxima ſecum trahit incommoda. *l.* 3. *ff. fam. erciſc.*

ASSERTIO XVIII.

In ſolutione monetæ inſpiciendum eſt tempus contractus mutui, quanta tunc æſtimatio pecuniæ fuerit, niſi debitor in mora ſit.

QUando quæritur, cujus temporis æſtimatio haberi debeat in ſolutione pecuniæ mutuatæ, dicendum eſt, quod inſpiciendus ſit valor, qui erat tempore contractus, non autem ſolutionis. *c. olim cauſam. extr. de cenſib.* Duo tamen caſus principales ſunt diſtinguendi: Aut debitor fuit in mora ſolvendi, aut non. Primo caſu augmentum nummorum ſpectat ad creditorem. ratio eſt, quia

quia ſi datum eſſet, hoc haberet creditor: quoniam vero non dedit debitor, ſaltem hodie dandum eſt, quod jam olim dari oportuit. *l. ſi ſterilis.* 21. §. *cum per venditorem.* 3. *ff. de act. empt.* Idem dicendum de diminutione, ut ſi tempore contractus pluris pecunia æſtimabatur, & poſt moram diminuta ſit æſtimatio, teneatur debitor valorem tempore contractus uſitatum reddere. *l.* 3. *ff. ſi cert. pet. l.* 3. §. *ult. de act. empt.* Ita de facto obſervari, & in curia Pariſienſi judicatum eſſe refert *Coſtal. ad l. res in dotem.* 42. *ff. de jur. dot.* Pulchre *Guido Papa quæſt.* 494. ubi notat, hanc ſententiam judicando obſervari. Altero caſu, quando in mora non fuit debitor, liberatur ſolvendo tantæ ſummæ æſtimationem, quantam accepit, & nummorum incrementum pertinet ad debitorem. Ratio eſt, quia in mutuo datur facultas debitori pecunia ad aliquod tempus utendi: ſolemus enim per mutuum ſubvenire neceſſitatibus & commodis proximi egeni, ideoque mutuo accipiens debet commodum aliquod percipere ex officio mutuationis, neque ſtatim repetenda eſt pecunia mutuata. Unde debitor interim non cenſetur in mora ſolvendi; creditor enim omnem medii temporis utilitatem ei concedit. Quare ſi interim valor pecuniæ augeatur, non ſpectabit hoc ad damnum debitoris, ſed liberatur, ſi in eadem bonitate nummos reddat, qua tempore contractus valebant. *l.* 3. *ff. ſi cert. pet.* ubi dicitur, debitorem liberari, ſi eadem bonitate mutuum ſolvat, qua accepit. fac. *l. Rutilia Polla.* 69. *ff. de contr. empt.* ubi dicitur, in contractibus eam æſtimationem inſpiciendam eſſe, quæ fuit tempore contractus. Ita tradunt *Hotom. in tract. de uſur. lib.* 1. *c.* 5. *Briſſon. lib.* 1. *de ſolut.* E contra ſi valor pecuniæ decrevit, ſupplere debet debitor, uſque ad valorem qui erat tempore contractus. Ratio hujus deciſionis æquiſſima eſt, quia qui mutuatur pecuniam, ideo eam accipit, ut ſtatim expendat, & in uſus ſuos convertat: igitur eo valore reddi debet pecunia, quo ad manus debitoris vere pervenit, & in utilitatem ſuam expenſa eſt. Nec attenditur, quod impoſititius valor monetæ crevit, vel decrevit, cum mutuum re contrahatur, nec alia major vel minor quantitas reddenda ſit, quam vere mutuata eſt. Accurate *Molin. in tract. de uſur. quæſt.* 92. *num.* 701. 710. & 711. ubi dicitur, hanc opinionem veriſſimam eſſe, & in legali æqualitate fundatam. *Weſemb. ad tit. ſi cert. pet. Minſ. cent.* 4. *obſ.* 1.

Objicitur prædictis *l. cum certum.* 9. *ff. de aur. & arg. leg.* ubi dicitur, quod ſi legatum ſit certum pondus auri vel argenti, ſolvendum eſſe pretium ſeu æſtimationem, ſecundum valorem præſentis temporis, hoc eſt, ut Gl. & DD. ibi interpretantur, ſecundum tempus ſolutionis. Reſp. Cum quæritur, cujus temporis æſtimatio in ſolvendo legato pecuniæ attendi debeat, tempus præſens, hoc eſt, teſtamenti inſpiciendum eſt, & ſecundum illud æſtimatio pecuniæ legatæ ſolvenda eſt. Regula enim vulgaris in *l. ſi ita.* 7. *ff. eod.*

eod. & *l. uxorem.* 41. §. *teſtamento.* 4. *ff. de legat.* 3. tradita extat, quod in legatis verba in dubio referri debeant ad tempus teſtamenti. Ita erudite *d. l. cum certum.* declarat *Pinel. in rub. C. de reſc. vend. part.* 1. *c.* 3. *num.* 22. Vide *Andr. Gail. lib.* 2. *obſ. c.* 73. *Boer. deciſ.* 327. Diſſentit *Leoninus* eruditiſſimus & acutiſſimus JCtus, Cancellarius Geldriæ *conſ.* 31. qui vult, quod in mutuo inſpiciendus ſit valor pecuniæ, qui fuit in tempore ſolutionis.

ASSERTIO XIX.

In æſtimatione rei petitæ, in ſtrictis judiciis tempus litis conteſtatæ ſpectandum eſt; in bonæ fidei judiciis tempus rei judicatæ.

FUndatur & ſtabilitur hæc aſſertio in *l. vinum.* 22. *ff. ſi cert. pet. l.* 3. §. *in hac actione.* 2. *ff. commod. l. ult. ff. de condict. tritic.* In ſtricti juris judiciis nullum tempus aptius viſum eſt, quam id quo lis conteſtatur. Itaque in his præſtabitur ea æſtimatio, quæ fuit a tempore moræ, uſque ad litis conteſtationem. *d.* §. *in hac.* & *d. l. ult.* Ex eo enim tempore pendet judicis poteſtas, ita ut fructus & uſuræ debeantur in his judiciis a lite conteſtata. *l. cum fundus.* 31. *ff. ſi cert. pet. l. videamus. ff. de uſur.* In bonæ fidei judiciis conſideratur tempus condemnationis, quanti ſcilicet res plurimi fuit a mora uſque ad ſententiam. *l.* 3. §. *ſi per venditorem.* 3. *l. ſi ſterilis.* 21. §. *cum per venditorem.* 3. *ff. de act. empt.* Ratio diverſitatis eſt, quia in bonæ fidei contractibus petitur, quod judex arbitrabitur ex bono & æquo dari oportere: atque ita litis æſtimatio refertur ad tempus rei judicatæ. §. *in bonæ fidei.* 30. *inſt. de act.* At in ſtrictis judiciis tempus litis conteſtatæ inſpicitur, quia in his judex eſt arbitrii ſui impos, & ſtricte petitioni actoris deſervire tenetur. Itaque in ſtrictis actionibus ratio æſtimationis a tempore moræ habebitur uſque ad litem conteſtatam.

Multa huic concluſioni adverſantur: nam in *l. penul. ff. de condict. tritic.* traditur, in ſtricti juris judiciis tempus moræ vel condemnationis ſpectandum. Præterea graviſſime obſtat *l.* 8. §. 1. *ff. de condict. furt.* ubi dicitur aperte, non ſolum furem, ſed omnem eum qui moram fecit, teneri in id quanti plurimi fuerit res a tempore moræ, uſque ad ſententiam, & tamen condictio furtiva eſt ſtricti juris. Reſp. Illæ leges nihil huc pertinent: nam in iis non agitur de quantitatibus vel rebus fungibilibus debitis, puta vino, oleo vel frumento, de quibus hæc aſſertio eſt accipienda, quarum rerum æſtimatio pro locorum & temporum varietate mutatur; ſed de certa ſpecie debita, ut puta de homine mortuo, vel vulnerato ibi quæritur. Qua ſpecie extincta vel deteriori reddita propter moram debitoris, ejus temporis æſtimatio ſpectatur, quanti un-

quam res plurimi fuit a tempore moræ uſque ad ſententiam. *d. l. pen. Hotom. in illuſt. quæſtion. quæſt.* 16. *Donel. ad l. quoties.* 59. *num.* 11. *ff. de V.O.* Eleganter *Cujac. ad l. hominem* 37. *ff. mandat. in tract. ad Afric.* ubi inquit, quod nullus ſit hodie vel advocatus, vel judex, vel JCtus, qui non hæreat, maneatque ſuſpenſus, quoties tractatur de intellectu *d. l. vinum.*

Secundo objicitur *l.* 3. §. *ult. ff. de act. empt.* ubi dicitur, quod æſtimatio ea præſtanda eſt, quanti contractus tempore res valebat; ſi vinum venditum non tradatur a venditore Reſp. Ibi tempore contractus ſtatim intelligitur mora eſſe commiſſa. Eo enim quod emtor paratus eſt a ſua parte implere contractum, & precium ſolvere, ſtatim venditor in mora conſtituitur, ſi rem venditam non tradat. *l. Julianus.* 13. §. *ex vendito.* 19. *ff. de act. empt.*

Tertio oponitur *l. cum quis.* 22. *ff. de obl. & act.* ubi dicitur, ſi quis ſtipulatus ſit mercem in certum diem, & accepit fidejuſſorem, quod æſtimatio reducenda ſit ad tempus, quo ſatis accepit. Reſp. Hæc *l.* ita accipienda eſt, quod fidejuſſor teneatur ad ejus temporis æſtimationem præſtandam, quo merx ſolvi debuit. Sicut enim eo loco cenſetur quis contraxiſſe, in quem ſolutio collata eſt. *l.* 3. *ff. de reb. auct. jud. poſſ. l. contraxiſſe.* 21. *ff. de obl. & act.* ſic etiam ſimpliciter fidejubens, in id tempus cenſetur ſolutionem contuliſſe, quo principalis debitor ſolvere tenebatur. Itaque fidejuſſor præſtabit eam æſtimationem mercis, quanti eo tempore valuit, quo debitor promiſerat ſe ſoluturum; non vero quo tempore fidejuſſit, quia fidejuſſor non poteſt in duriorem cauſam obligari, quam principalis. *l. Græce.* 8. §. *illud.* 7. *ff. de fidejuſ.*

Quarto opponitur *l. fundum.* 28. *ff. de novat.* ubi dicitur, fundo promiſſo, eoque ſine culpa debitoris meliore vel deteriore facto, præſentis temporis æſtimationem deberi. Reſp. Per tempus præſens non intelligitur tempus præteritæ æſtimationis, quæ fuit tempore ſtipulationis, ſed quanti res eſt tempore litis conteſtatæ. niſi poſt moram promiſſoris fundus deterior factus eſt; hoc enim caſu ad tempus moræ refertur æſtimatio. *l. hominem.* 37. *ff. mandat.*

Quinto obſtat *l. hominem* 37. *ff. mandat.* ubi dicitur in actione mandati, qua agit fidejuſſor, qui pro reo ſeu debitore hominem ſolvit, ſpectari tempus ſolutionis, non tempus litis conteſtatæ, vel condemnationis. Reſp. Hoc ſpeciale eſt in actione mandati, ut ſpectetur tempus ſolutionis. Nam actio mandati tantum datur in id, quod abeſt, abfuturumque eſt eo nomine actori. Atqui id tantum abeſt fidejuſſori agenti actione mandati, quo dignus fuit ſervus ſolutionis tempore, non id quo poſtea dignior factus eſt. ſic & ſi forte ſervus poſtea depretiatus fuerit, non ideo minus fidejuſſor conſequetur. Vel ut clarius dicam: Cum mandatarius neque lucrum, neque damnum ex negotio, quod pro alio ſuſcepit, ſentire debeat. *l. idemque.* 10. §. 1. & *ſeq. l. ex mandato.* 20. *ff. mandat.*

præciſe

præciſe inſpiciendum eſt, quid ei abſit. *l. inter cauſas.* 26. §. *abeſſe.* 2. & §. *præterea.* 4. *l. ſi vero.* 12. §. *ſi mihi mandaveris.* 9. *l. ſi quis alicui.* 27. §. *impendia.* 4. *ff. d. t.* Quod non melius ſciri poteſt, quam ſi ad id tempus, quo mandatarius pro mandante ſolvit, æſtimatio referatur, licet eo tempore nulla mora, nulla litis æſtimatio, aut nulla condemnatio facta fuerit, quia non aliter indemnis mandatarius præſtari poſſit. Ita eleganter reſpondet *Anton. Faber* acutiſſimus JCtus *in C. Fabrian. ad tit. ſi cert. pet. definit.* XI. & *lib.* XVI. *conject. cap.* VII. & IX.

ASSERTIO XX.

Pro vino vel frumento mutuato reddi non poteſt æſtimatio vel pecunia invito creditore.

PRobant & ſequuntur hanc ſententiam DD. in *l.* 2. §. 1. *ff. ſi cert. pet.* ubi Alciatus & Zazius teſtantur eam eſſe communem DD. opinionem. Ratio perſpicua eſt, quia in mutuo debet idem genus quod datum eſt, reddi. *d. l.* 2. Sed frumentum & pecunia ſunt diverſi generis, cum aliud ſit merx, aliud pretium. *l.* 1. *ff. de contr. empt. l.* 1. *ff. de rer. permut.* Ergo in mutuo non poterit unum pro alio reddi.

Contraria fuit opinio *Jacobi de Arena* & *Curtii in d. l.* 2. §. 1. Moventur primo ex *l. vinum.* 22. *ff. ſi cert. pet.* ubi expreſſe dicitur, quod pro vino mutuo dato ſolvitur æſtimatio. Sed reſpondetur, quod ideo ibi præſtatur æſtimatio, quia debitor fuit in mora: quo factum eſt, ut vinum jam non ſit ejuſdem bonitatis, cujus erat tempore contractus, ideoque neceſſario devenitur ad æſtimationem vini. Et ſi velit creditor, poteſt obdurare, & poſtulare in judicio, ut res ipſa mutuo data, hoc eſt, ipſum vinum mutuo datum ſibi ſolvatur in eodem genere. *l. ubi autem.* 75. §. *fin. ff. de V. O. Weſemb. ad tit. de reb. credit. num.* 12.

Secundo objicitur. *l. ſi quis ſtipulatus.* 57. *ff. de ſolut.* ubi dicitur, ſi ſtipulatus fuero a te decem in melle, liberum eſſe promiſſori vel decem, vel mel ſolvere. Ergo idem in mutuo dicendum, ſi mutuo frumentum alicui, poſſe etiam æſtimationem ſolvi. Reſp. Quod mel ibi non erat in obligatione, ſed in ſolutione tantum, ut ibi Bart. notat, quia ſtipulatus fueram decem aureos, vel pro pecunia mel, ut tu poſſis iſta decem in melle dare: at in mutuo frumentum eſt in obligatione & ſolutione. *d. l.* 2. *in princ.* Ideo debitor præciſe cogi poteſt ad frumentum reddendum.

Tertio refragatur *l. ſi ita.* 42. *ff. de fidejuſ.* arguendo a contrario ſenſu rationis ibi redditæ. Nam cum ibi ſtatuatur non poſſe pro debitore pecuniæ accipi fidejuſſorem in tritico, addita ratione, quia pecunia non æſtimatur merce; colligitur a contrario ſenſu,

pro debitore frumenti, fidejuſſorem in pecunia acceptum efficaciter obligari, quia per pecuniam omnia æſtimantur. Reſp. Mutuato frumento accipi poteſt fidejuſſor in pecunia numerata, eo caſu, quo principalis debitor ad pecuniam quoque tenetur, id eſt, cum eſt in mora, juxt. *d. l. vinum.* Vel reſponderi poteſt, quod ille text. probat hanc opinionem a contrario ſenſu, qui ſumi non debet, quando legum correctio inde ſequitur. *Bald. in l. conventicula. C. de epiſc. & cler. Præſes Everhar. in loco a contrario ſenſu.* quod eſt in caſu noſtro, cum ex eo corrigatur *d. l. 2. in princ.*

Quarto, pro contraria ſententia adfertur: Quoties duo æquipollent, non refert, quid ex eis fiat. *l. mulier. 22. in princ. ff. ad SC. Trebbel. l. ſi mater. 3. C. de inſtit. & ſubſtit. Præſes Everhar. in loco ab æquipoll.* Sed frumentum & ejus æſtimatio æquipollentia ſunt: quia æſtimatio vice rei fungitur. Ergo non refert, utrum frumentum, an æſtimatio ſolvatur. Reſp. Tunc æſtimatio vice rei fungitur, ubi res ſolvi non poteſt. fac. *l. ſi non ſortem. 26. §. libertus. 12.* verſ. *& interdum. ff. de condict. indeb.* ſed nos loquimur, quando ſolvi poteſt frumentum, tunc non videtur eſſe locus ſolutioni æſtimationis. Secundo reſponderi poteſt, quod procedit hæc argumentatio in aliis contractibus, non in mutuo, in quo debet idem genus reddi, non diverſum. Itaque opinio Jacobi de Arena nulla nititur ratione vel lege, cui reſponderi non poſſit. Erudite & copioſe *Tob. Nonius ad tit. inſt, quib. mod. re contr. obl. num.* 28. ubi notat, hanc opinionem, quod pro vino mutuato non poſſit invito creditori reddi pecunia vel æſtimatio, communiter DD. ſequi & amplecti.

ASSERTIO XXI.

Cum alia contractus opinione, quam dati ſunt, quis nummos accepit, utputa ſi ego tibi pecuniam quaſi donaturus dederim, tu quaſi mutuam accipias, neque mutuum, neque donatio erit.

PRobatur hæc ſententia aperte in *l. ſi ego. 1. ff. de reb. cred.*

Objicitur *l. cum in corpus. 36. ff. de adq. rer. dom.* ubi dicitur, ſi in cauſa dandi atque accipiendi diſſenſerint contrahentes, modo in corpus quod traditur, conſentiant, non impediri tranſlationem dominii. utputa ſi ego pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quaſi creditam accipias. Reſp. In *l. cum in corpus.* præceſſerat contractus donationis, ſeu præceſſiſſe credebatur, & ille qui numeraverat pecuniam donandi gratia, ante promiſerat ſe donaturum, vel ſaltem ſe promiſiſſe putabat: ideoque cum numerat poſtea tanquam ex præcedenti obligatione, dominium transfertur, & favore liberationis tolcratur ibi diſſenſus. Sed

in

in *d. l. ſi ego.* nulla præceſſerat donandi promiſſio, ſed in ipſa numeratione pecuniæ intervenit diſſenſus, nullo præcedente contractu. Quod patet ex. *d. l. ſi ego.* dum JC. utitur verbo *donaturus*, quod denotat futuram donationem. Probatur etiam ſolutio, quod in *d. l. cum in corpus.* præcedens exemplum agat de eo, qui fundum tradidit tanquam obligatus ex præcedenti debito, ſcilicet ex teſtamento: alter autem accipiat fundum ut debitum ex antecedenti ſtipulatione. Ergo & ſequens exemplum videtur ita accipiendum. Adde, quod utatur JC. in *l. cum in corpus.* his verbis: *ſi pecuniam tradam donandi gratia, tu eam quaſi creditam accipias.* id eſt, tibi debitam ex alia aliqua præcedenti obligatione. Itaque ſi contractus donationis præceſſiſſe credebatur, dominium tranſit. *d. l. cum in corpus.* Si non putet donator præceſſiſſe, non tranſit dominium, niſi pecunia conſumatur. *d. l. ſi ego.* Attamen indebiti condictio competit utroque caſu, ſi ſolvendi animo traditum ſit errore facti. *l. 1. ff. de condict. indebiti.* Potuit enim donator credere obligationem donationis præceſſiſſe quæ revera non ſuberat, & ita ſolvere indebite. Quod ſi ſcienter dedit animo donandi, cum nulla præceſſiſſet donandi ſponſio, conſumtis nummis condictionem non habet an exantes adhuc vendicari poſſunt. *d. l. ſi ego.* ubi *Baro in manual. Gilb. Regius lib. 2. ἐναντιοφ. c. 20.* Probant hanc conciliationem *Alciat. lib. 5. parerg. c. 15. Julius Pacius centur. 3. ἐναντιοφανῶν* quæſt. 68.

ASSERTIO XXII.

Debitor poſt biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere poteſt, dummodo exceptionem probet, contra DONELLUM.

QUi ſcripſit ſe debere, quod numeratum non eſt, tenetur quidem ex literarum obligatione, ſed intra biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere poteſt, quæ exceptio rejicit onus probandi in creditorem, ut ſcilicet is probet pecuniam revera numeratam fuiſſe. *l. 3. C. de non num. pec.*

Sed ille articulus controverſi juris eſt, an elapſo biennio exceptio non numeratæ pecuniæ opponi poſſit. Et communis eſt DD. ſententia, poſſe etiam poſt biennium hanc exceptionem proponi, modo reus probet ſuam exceptionem, videlicet pecuniam ſibi non fuiſſe numeratam. Quod probatur ea ratione. quia exceptiones natura ſua ſunt perpetuæ, adeo ut ne quidem XXX. annis præſcribantur. *l. pure. 5. §. ult. ff. de dol. mal. & met. de except.* Accedit & altera ratio, quod iniquum ſit aliquem locupletari cum alterius jactura, quod fieret hoc caſu, ſi debitor, qui poſt biennium paratus eſt probare pecuniam ſibi non fuiſſe numeratam, non poſſet

opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ. Itaque ſi creditor ſciret pecuniam ſe non numeraſſe, merito etiam poſt biennium exceptio non numeratæ pecuniæ ei objici poſſet, quia malæ fidei poſſeſſor, qualis eſt hoc caſu creditor, quem conſtat pecuniam non numeraſſe, nullo unquam tempore præſcribit. *c. poſſeſſor. de R. J. in 6.* Hæc ſententia eſt æquior, & in foro conſcientiæ tutior. *Dynus in c. locupletari. de R. J. in 6.*

Objicitur *l. in contractibus.* 14. *C. de non num. pecun.* ubi dicitur, quod qui in chirographo ſcripſit ſe mutuum accepiſſe, ita efficaciter poſt biennium obligetur, ut jam amplius queri nullo modo poſſit. Reſpond. Non poteſt debitor poſt biennium hanc exceptionem opponere, ut contra naturam aliarum exceptionum eo privilegio fruatur, ut onus probandi transferat in actorem; ſed tamen eatenus illi licebit poſt biennium hanc exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere, ut ſecundum communem naturam aliarum exceptionum objectam exceptionem probare cogatur, doceatque numerationem non eſſe factam a creditore, per *l. aſſeveratio.* 10. & *l. generaliter.* 13. *C. de non num. pec.* Lapſus enim biennii non inducit pro inſtrumento præſumtionem juris & de jure, ſed tantum præſumtionem juris, quæ admittit probationem in contrarium. *l. cum precibus.* 18. *C. de probat.* Ita ſenſit *Jacobus* vetus gloſſator *in d. l. in contractibus.* in verb. *nullo modo.* quam opinionem *Baldus*, *Salyc.* & *Caſtren.* ibidem, & communis DD. ſchola amplectitur. *Sneidew. ad tit. inſt. de liter. oblig. num.* 11. & ibidem *Bart. ad l. generaliter. C. de non. num. pec. Gomez. tomo.* 2. *var. reſolut. cap.* 6. *num. ult.* Diſſentit *Fachin. lib.* 2. *controv. jur cap.* 81.

ASSERTIO XXIII.

Si pro pecunia ſpecies vendenda data ſit, ut redacta ex pretio pecunia credita ſit, mutuum contrahitur.

TRaditur hæc ſententia expreſſe ab Ulpiano in *l. rogaſti.* 11. *ff. de reb. cred.* Sed opponitur *l. rogaſti.* 19. *ff. de præſcr. verb.* ubi ex tali facti ſpecie agitur præſcriptis verbis, tanquam ex contractu innominato. Reſp Tunc eſt mutuum, quando is qui rem vendendam accepit, precium recepit, idque ex propoſita ſpecie in *d. l. rogaſti.* 11. ſatis evidenter intelligitur. Id enim actum eſt, ut rem venderes, & nummis utereris, nempe acceptis: quoniam niſi acceperis, uti non potes. Sin autem nondum vendidit, vel vendidit, ſed pretium nondum exegit, tunc nondum eſt mutuum: quia mutuum dici non poteſt, niſi accepta a debitore pecunia, neque ſpecies in mutuum cadere poteſt. Ideoque præſcriptis verbis actio hic competit, qua venditor conventa facere vel promiſſa præſtare cogitur. *Zaſ. ad l. rogaſti. ff. ſi cert. pet.*

Se-

Secundo objicitur *l. qui negotia.* 34. *ff. mandat.* ubi dicitur, eum qui cum pecuniam mutuam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam creditam non recte petere. Reſp. DD. quod *d. l. qui negotia.* accipienda ſit in eo caſu, quando res vendenda data eſt ea lege, ut pretium prius reſtitueretur domino, quam illud crederet. Quod videtur quodammodo colligi ex textu *d. l. qui negotia.* eo quod dicat textus *eum qui pecuniam mutuam dare vellet.* ergo nondum dedit: non enim expreſſe convenit, ut ſtatim poſt rem venditam pecunia uteretur. *d. l. rogaſti.* 11. *ff. de reb. cred.* autem nominatim actum eſt, ut re vendita venditor pretio uteretur. Vel dicendum, Africanum ad ſtrictum jus reſpexiſſe, quo jure mutuum dici non poteſt: quia pecunia nunquam fuit mea, ergo non eſt factum de meo tuum, ac proinde non eſt mutuum. Sed *Ulpianus in d. l. rogaſti.* ex bono & æquo ſuſtinet mutuum per fictionem brevis manus: quia fingitur pecunia ex venditione rei meæ redacta mihi ſoluta, deinde a me tibi mutuo data. *l. ſingularia.* 15. *ff. de reb. cred.* Prævelat autem benignitas, & negligitur ſubtilitas juris. *l. ſi fidejuſſor.* 29. §. *quædam.* 4. *ff. mandat.* Hanc etiam ſolutionem tenet & amplectitur *Jul. Pacius centuria* 3. *ἐναντιοφανῶν*, *quæſt.* 64.

ASSERTIO XXIV.

Actor licet ipſe nihil probaverit, reo jusjurandum judiciale deferre poteſt.

PRobatur hæc ſententia per *l. cum de indebito.* 25. §. *in omnibus.* 3. *ff. de prob. l. manifeſtæ.* 38. *ff. de jurejur.* ubi dicitur, quod *manifeſtæ turpitudinis*, id eſt, calumniæ, *& confeſſionis eſt, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* quod perinde eſt, ac ſi dicat JC. Si is cui defertur juramentum, noluerit nec jurare, nec juramentum referre, habetur pro confeſſo. Cum enim actor æquiſſimam conditionem in delatione jurisjurandi reo proponat, quod eum ſuæ propriæ cauſæ teſtem & judicem faciat, certe ſine manifeſta calumnia eam conditionem non poteſt repudiare: ideoque tacite debitum cenſetur confiteri, quod præſtito jurejurando poterat negare, & proinde malitioſe ſolutionem debiti, quod tacite confitetur, recuſare cenſetur. Erudite *Donel. ad tit. de jurejur. c.* 12. *num. pen. & ult.* His accedunt textus expreſſi in *l. tutor.* 35. *ff. de jurejur.* quæ ait, *tutorem omnibus aliis probationibus deficientibus poſſe jusjurandum deferre.* item *l. ult.* §. *licentia.* 10. *C. de jur. delib.* ubi dicitur, quod ſi aliæ omnes probationes deficiant, tunc legatarii & creditores poſſunt heredi deferre jusjurandum, ut veram hereditatis quantitatem manifeſtet.

Objicitur *l. generaliter.* 12. §. *ſin autem is.* 2. *C. de reb. cred.* ubi dicitur, poſſe jusjurandum ab eo cui defertur, recuſari. Reſp.

Tum demum poteſt reus jusjurandum recuſare, ſi juſtas & probabiles cauſas habeat non recipiendi jurisjurandi. Juſtæ autem cauſæ recuſandi ſunt, ſi reus veritatem cauſæ ſuæ teſtibus & inſtrumentis vel aliis idoneis probationibus confirmare poſſit; tunc enim a præſtatione jurisjurandi eſt immunis. *c. 2. extr. de prob. c. ult. extr. de jurejur. Weſemb. in parat. de jurejur. num. 9. Ferra. in for. reſp. rei conven.* in verb. *juriſjurandi*. Item juſta cauſa eſt recuſandi jurisjurandi, ſi cui de facto alieno deferatur jurisjurandum, quia nemo tenetur anceps perjurium ſubire; ac de qua re non liquet, jurare nemo compellitur. Sic uxor quæ dicitur amoviſſe res mariti, jurare compellitur; pater vel heres ejus jurare non cogitur, quod ſit iniquum de facto alieno quenquam jurare. *l. Marcellus. 11. §. 2. rer. amot. l. 4. ff. de in lit. jur.* Eodem modo heres de contractu defuncti non jurat, & procurator de facto domini non jurat. *l. jusjurandum. 34. §. procurator. 3. ff. de jurejur. Paul. lib. 2. ſent. tit. 1.* Unde colligitur quod *d. l. manifeſta.* non corrigatur per *d. §. ſin autem is.* ut communiter notant DD. ſed reſtringatur tantum: ut videlicet is, cui defertur jusjurandum, cogatur etiam hodie jurare, vel jusjurandum referre, niſi habeat juſtam recuſandi cauſam. *Cynus ad d. l. generaliter. num.* 4. Idque evidenter probat *§. ult. ejuſdem. l.* ubi dicit Imp. ſe antiquioribus legibus nihil hac conſtitutione derogare, ſed ſupplere, ſi quid iis deeſſe videatur.

Secundo objicitur *l. qui accuſare. 4. C. de edend.* ubi dicitur, quod actore non probante, reus etſi nihil præſtiterit, id eſt, nihil probaverit, non juraverit, abſolvendus ſit. Reſpondet *Caſtren. ad d. l. manifeſta.* quod iſta lex intelligenda eſt, ſi actor omnino defecit in probatione, quod tunc non poſſit a judice reo deferri jusjurandum, eo enim caſu reus non tenetur jurare. Judex, inquam, non poteſt parti alicui ſeu litigatori deferre jusjurandum, quando nihil ab eo probatum eſt. Nam jusjurandum ſuppletorium, quod neceſſarium DD. vocant, non defertur a judice litigantibus in judicio, niſi ubi ſemiplene probatum eſt. *l. 3. C. de reb. cred. l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Nam judex poteſt tantum deferre jusjurandum, ſi cauſa ſit dubia, & probationes ancipites & parum idoneæ ſuppetant. *l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Aliud dicendum eſt in jurejurando delato a parte parti: hoc enim tenetur reus omnino præſtare, vel referre. *l. jusjurandum. 34. §. ait prætor. 6. & §. ult. ff. de jurejur.* Nec etiam probatione omnino deſtituitur actor, qui jurandi conditionem vel alteri offert, vel ipſe ſuſcipere paratus eſt; quia ſatis probat, qui defert vel præſtat jusjurandum. *d. l. cum de indebito. 25. §. in omnibus. 3. ff. de probat. & præſumpt. l. eum qui. 30. ff. de jurejur. l. ult. C. de fideicom.* Approbat hanc ſolutionem *Cujac. lib. obſ. 22. c. 28.* Poſtremo notandus eſt ſingularis caſus in *l. ult. C. de fideicom.* ubi heres cogitur jurare, vel ſolvere, nec

poteſt

poteſt heres legatario deferenti jusjurandum illud referre, quando videlicet in minus ſolenni teſtamento, ſine ullis teſtibus, vel ſine ſcriptura confecto, reliquit teſtator legatum vel fideicommiſſum, confiſus ſola fide heredis; ſi tunc heres negaverit fideicommiſſum eſſe relictum, & legatarius ſuper ea quæſtione deferat ei jusjurandum, cogitur heres neceſſario jurare, aut legatum ſolvere; nec poteſt jusjurandum ſibi delatum a legatario, ei referre.

ASSERTIO XXV.

Perjurium legibus legitima pœna punitur.

PRobatur hæc aſſertio multis legibus. Primum adducitur notabilis text. in *l.* 2. §. *ult. C. de indicta viduitate & lege Julia miſcella tollenda.* ubi ait Juſtiniani *ſatis inhumanum eſſe, per leges quæ perjuria puniant, viam perjuriis aperiri.* Secundo confirmatur hæc ſententia per *l. ſi quis major.* 41. *C. de tranſact.* ubi qui violat tranſactionem juratam, notatur infamia; unde & perjurus a dignitatibus, honoribus, & beneficiis repellitur. *l quoties.* 17. *C. de dignitat.* Tertio comprobatur hoc per *l. ult. ff. ſtellionat.* ubi pœna ſtellionatus, ſcilicet exilii, perjuro irrogatur. Quarto manifeſte probat hanc aſſertionem *l. quod ſi deferente.* 21. *in fin.* cum *l. ſeq. ff. de dolo.* Ubi ſcripſit JC. *ſtari debet religioni, quia ſufficit perjurii pœna.* Poſtremo idem convincitur per *l. ſi duo.* 13. §. *ult. ff. de jurejur.* ubi perjurium fuſtium caſtigatione vindicatur. Ex quibus omnibus legibus abunde probatur, perjurium extra ordinem criminaliter puniri judicis arbitrio

Sed vehementer refragatur *l.* 2. *C. de reb. cred.* ubi dicitur, quod jurisjurandi religio contemta ſatis Deum ultorem habeat, additurque pœnam corporalem pro perjurio non infligi. Reſp. Hæc pugnantia reſponſa tali diſtinctione conciliantur. Si quis temeritate, vel inconſulto calore quodam iracundiæ motus pejerat, ſine alterius incommodo, pœna non eſt dignus. *d. l.* 2. & *l. alienam.* 2. *C. ad l. Jul. majeſt. l. ult. in princ. ff. ad municip.* Qui vero in negotiis contrahendis, aut judiciis, fraudandi alterius cauſa, conſulto pejerat, pœna merito afficitur, ſive per Deum, ſive per ſalutem Principis pejeraverit. *d. l. ſi duo.* § *ult.* Hæc eſt communis & recepta DD. diſtinctio, quod ſcilicet perjurium puniatur extra ordinem judicis arbitrio, quando adfert manifeſtam publicam vel privatam alterius læſionem. Quam ſententiam approbat *Duaren. lib.* 2. *diſp. c.* 37. & erudite defendit *Menoch. de arb. jud. lib.* 2. *cent.* 4. *quæſt.* 319. Diſſentiunt *Donel. in tractat. de jurejurando. cap.* XI. *num.* 4. *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. cap.* 14. qui tradunt, perjurii per Deum commiſſi nullam eſſe pœnam jure civili conſtitutam. Idem confirmat *Cujacius lib.* 2. *obſer. c.* 19.

Secundo objicitur hoc argumentum: Nemo poteſt a conventio-

ne ſemel inita recedere, eamque impugnare. *l. ſicut. 5. C. de obl. & act.* Sed in jurejurando ab adverſario in judicio delato, voluit deferens ſtare religioni jurantis, habetque hoc jusjurandum vim tranſactionis & conventionis. *l. quod ſi deferente. 21. ff. de dolo. l. 2. ff. de jurejur.* Ergo non debet pejeranti pœna aliqua infligi, quia volenti non fit injuria, neque retractari debet id quod jurejurando deciſum eſt. Reſp. Non reſcinditur propter perjurium id quod jurejurando deciſum vel tranſactum eſt, propter conventionem ejus qui detulit, ſed nihilominus propter dolum & perfidiam perjuro pœna extra ordinem infligenda eſt, rato manente interim jurejurando. Pulchre Oldendorp. *in claſſib. claſſ. 1. act. 9.*

ASSERTIO XXVI.

Cauſa jurejurando deciſa prætextu perjurii retractari non poteſt.

Textus eſt in *l. 1. C. de reb. cred.* Ratio hujus aſſertionis eſt, quia in actione in factum ex jurejurando non quæritur, an actori pecunia debeatur, ſed tantum an juraverit, ut intelligamus, ſi actor probaverit ſe juraſſe, reus omnimodo damnandus ſit. *l. 5. §. dato. 2. ff. de jurejur. l. poſt rem. 56. ff. de re jud.* Accedit & altera ratio, quod jusjurandum ſpeciem tranſactionis habet. *l. 2. l. tutor. 35. §. 1. ff. de jurejur. l. quod ſi deferente. 21. ff. de dolo.* Tranſigere namque videtur de jure ſuo, qui rem committit religioni & conſcientiæ adverſarii: igitur de eo rurſus experiri non poteſt, etiamſi perjurii arguat adverſarium. Quod enim ſemel mutua conventione ſopitum eſt, non debet prætextu perjurii retractari. *d. l. quod ſi deferente.*

Objicitur *l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* ubi ſententia lata ſecundum jusjurandum actoris, propter inſtrumenta de novo reperta retractatur. Reſp. Aſſertio hæc intelligenda eſt de jurejurando conventionali, quod ex conſenſu utriuſque partis extra judicium defertur, & judiciali jurejurando, quod ab uno litigatorum alteri in judicio defertur. Hiſce generibus jurisjurandi finita lis, neque prætextu perjurii, neque propter inſtrumenta de novo reperta retractari poteſt, quia hæc juramenta inſtar tranſactionis ſunt. Aliud obtinet in jurejurando neceſſario, quod a judice propter inopiam probationum alteri litigantium defertur: ſententia enim ex tali jurejurando lata, propter probationes de novo repertas retractari poteſt, de quo juramento loquitur *d. l. admonendi.* ut ibi notat Coſtal. Ratio duplex eſt, primo quia inopia probationum judex jusjurandum detulit, ergo copia probationum emergens id infirmat. Secundo in hoc juramento nullus vertitur conſenſus litigantium, cum judex uni litigatorum hoc deferat altero invito, quem novis

novis inſtrumentis comprobantem adverſarium falſum juraſſe, audiri æquum eſt, quia ipſe in delationem jurisjurandi non conſenſit.

Secundo objicitur *l. ult. C. de reb. cred.* ubi juramentum prætextu perjurii retractatur in caſu ſcilicet legati aut fideicommiſſi. quod legatarius nondum cognitis verbis teſtamenti juravit ſibi deberi, herede deferente: aperto enim poſtea teſtamento, ſi appareat nihil ei relictum, jusjurandum retractatur, & datur heredi condictio indebiti, qua legatum perperam ſolutum repetit. Reſp. Hoc ſpecialiter favore ultimarum voluntatum receptum eſt, quia publice intereſt extremas hominum voluntates exitum ſortiri. *l. vel negare. 5. ff. teſt. quemadmodum aperiantur.*

Tertio opponitur *l. in duobus.* 28. §. *ult. ff. de jurejur.* Ubi prius jusjurandum retractatur per poſterius. Reſp. Neceſſitas facit, ut hic unum tantum jusjurandum ſervetur, quia utrunque non poteſt ſervari, tanquam ſibi contrarium. Ideo autem poſterius ſervatur, quia in pactis noviſſima ſervanda ſunt, & jusjurandum proficiſcitur ex conventione. *l. qui juraſſe.* 26. §. *ult. ff. de jurejur.* & contractus inſtar obtinet. *l.* 5. §. 1. *ff. de peculio.*

ASSERTIO XXVII.

In criminalibus cauſis non defertur a judice jusjurandum, in ſupplementum probationis.

Controverſa eſt quæſtio inter DD. an in cauſis criminalibus decidendis locus ſit juramento ſuppletorio. Sed verior eſt ſententia *Bartoli*, *Caſtrenſis*, & aliorum *in l.* 3. *ff. de jurejur.* in criminalibus cauſis non eſſe locum hujuſmodi jurijurando. Quorum ſententia probatur hac evidentiſſima ratione, quia in cauſis criminalibus actor liquidiſſime probare debet quod intendit, & adferre probationes meridiana luce clariores. *l. ult. C. de probat.* nemoque ex crimine pœna aliqua condemnandus eſt, niſi vel confeſſus ſit delictum, vel probationibus clariſſimis convictus. *l. qui ſententiam.* 16. *C. de pœnis.*

Objicitur *l.* 3. §. *actione quacunque.* 1. *ff. de jurejur.* ubi dicitur, quacunque actione quis conveniatur, ſive pœnali, ſive rei perſecutoria, locum eſſe delationi juramenti. Reſp. Hoc verum eſt, ſi cauſa criminalis civiliter intentetur ad privatam utilitatem: ſi vero de crimine agatur criminaliter, & ad publicam vindictam, non eſt locus huic juramento. Hoc probat verbum *actionis*, quo utitur JC. in *d.* §. *quacunque.* quod de actione criminali civiliter intentata eſt intelligendum. Ubi enim criminaliter agitur, dicitur potius accuſatio, quam actio. *l. de fide.* 16. *C. ad l. Corn. de falſ.* Hæc eſt communis & recepta DD. opinio in *d. l.* 3. ut notat. *Weſemb. in parat.*

Digitized by Google

de jurejur. num. 10. Ita tradunt *gloſ.* & *Bart. in l. maritus. ff. de quæſt. Jaſ. in l. admonendi. num.* 224. *de jurejur.* ubi communem dicit *Menoch. in arbitrar. judic. lib.* 2. *centur.* 5. *caſu* 264. Approbat *Fachin. lib.* 1. *contr. jur. c.* 15. Quod igitur in *l. furti.* 6. §. *pactus.* 3. *ff. de his qui not. infam.* dicitur, quod reus qui in actione furti vel ſimili famoſa juravit, innocentiam ſuam quodammodo teſtatus eſt, intelligendum eſt de judicio civili, non criminali.

ASSERTIO XXVIII.

Ex jurejurando promiſſorio nulla oritur actio jure civili.

EX jurejurando, quod promiſſorium DD. vocant, non oritur actio jure civili, ſicuti nec ex pacto. Probatur hæc ſententia, quia ſpecialiter conſtitutum eſt, ut ſi libertus juraverit ſe operas patrono daturum, obligatio contrahatur. *l. ut jurisjurandi.* 7. & *l. ſeq. ff. de operis libert. l.* 13. *in pr. ff. de acceptil. l. ult. ff. de liberali. cauſ. l. ſi quis pro eo.* 56. *ff. de fidejuſ.* ubi dicitur: *ut jurisjurandi obligatio contrahatur, libertum eum eſſe oportet, qui juret, & libertatis cauſa jurare. d. l. ut jurisjurandi.* 7. *in princ.* Si hoc ſpecialiter eſt conſtitutum in liberto, ut ex jurejurando ejus, qui promiſit ſe operas patrono præſtiturum, detur actio, ſequitur in aliis perſonis ex jurejurando obligationem non produci; & ſic jusjurandum non eſt modus inducendæ obligationis vel actionis, niſi tantum in hoc ſpeciali caſu, ſi libertus promiſit ſe operas patrono exhibiturum.

Objicitur in contrarium *auth. ſacramenta. C. ſi adv. vend.* ubi dicitur, pactum confirmari juramento, & ſervandum eſſe juramentum; quod fruſtra diceretur, niſi obligationem & actionem pareret. Reſp. Juramentum quidem confirmat contractum, & ſervandum eſt, item ex contractu jurato naſcitur actio, ſed juramentum per ſe ſolum non eſt potens & ſufficiens ad producendam actionem.

Secundo adverſatur *l. ſi quis major.* 41. *C. de tranſact.* ubi dicitur. agi poſſe ad pœnam contra eum, qui tranſactionem juratam non ſervavit. Igitur oritur ex tranſactione jurata actio, cum alioqui ex nuda tranſactione agi non poſſit. *l. ſive apud acta.* 28. *C. de tranſact.* Reſp. ex ſententia *Alciati ad d. l. ſi quis major.* actionem ibi ad pœnam dari, quia intelligitur eſſe promiſſa per ſtipulationem. Approbat *Fachin. lib.* 2. *contr. jur. c.* 100. & *lib. c.* 12. ubi egregie & ſolide defendit, ex juramento promiſſorio actionem non oriri. Deinde ibi non fuit omnino nuda tranſactio, ſed præter conventionem aliquid datum vel factum fuit cauſa tranſactionis; quo caſu tranſactio in contractum innominatum tranſit, & producit actionem.

Tertio

Tertio objicitur, quod traditur in *l. ſi duo.* 13. §. *ſi quis juraverit. ff. de jurejur.* quod ſi quis juravit ſe credidiſſe pecuniam vel ſocietatem contraxiſſe, vel emiſſe, quod detur ex hoc jurejurando actio. Reſp. Aut juramentum interponitur ſuper legitimo contractu, & tunc actio directa quæ ex tali negotio competit, utiliter propter jusjurandum conceditur, quamvis de negotio non appareat; vel etiam actio in factum juratoria locum habet. Aut juramentum præſtatur nulla prorſus adjecta cauſa, quod DD. juramentum informe vocant, & tunc ex tali jurejurando nulla producitur actio, quia in judiciis nihil ſine generali vel ſpeciali cauſa debet admitti. *Olden. cl.* 1. *act.* 9.

Poſtremo arguitur ex *l.* 8. *C. de reb. cred.* ubi dicitur, quod ex jurejurando actio in factum competat ad ſimilitudinem judicati. Reſp. Hoc verum eſt, ſi jusjurandum ſubſequatur ſententia judicis; tunc enim utilis actio judicati ex eo producitur. *Cujac. in parat. C. ad tit. de reb. cred.* Illud denique ſciendum, quod licet jure canon. nulla ex juramento promiſſorio oriatur obligatio, vel actio, tamen judicis officio poteſt quis compelli ut præſtet quod jurato promiſit. *c. cum contingat. extr. de jurejur. c. ult. de foro comp. in* 6. *Fachin. d. controv.* 100. Diverſam ſententiam, quod ſcilicet juramentum promiſſorium producat obligationem & actionem jure civili, probant & defendunt *Weſemb. in parat. de jurejur.* & *Franc. Sarmientus lib.* 1. *ſelect. interp. c.* 3. Vide eleganter de hac quæſtione differentem reconditæ eruditionis virum, & ſubtiliſſimum JCtum *Cujac. lib. obſ.* 22. *c.* 7. ubi erudite docet, non eſſe majorem vim jurisjurandi, quam pacti. Et proinde ſicut ex nudo pacto non oritur actio, ita neque ex juramento promiſſorio. Quod attinet ad jus canonicum, verior eſt ſententia, quod nec eo jure ex jurejurando promiſſorio competat actio; ſed tantum quod per cenſuram eccleſiaſticam compellendus ſit is qui juravit, ad præſtandum id quod promiſit. *c. ult. de foro comp. in* 6. Ita eleganter & erudite tradit & declarat vir excellens & diligentiſſimus juris interpres *Fachinæus lib.* 3. *controv. jur. c.* 12. ubi alios etiam laudat ſuæ ſententiæ aſſertores.

ASSERTIO XXIX.

Jusjurandum judiciale etiam per procuratorem præſtari poteſt, dominoque prodeſt.

PRocuratores & defenſores non coguntur inviti ſuſcipere & præſtare delatum ſibi ab adverſario jusjurandum, quia nemo de facto alieno jurare cogitur. *l. Marcellus.* 11. §. *jurare.* 2. *ff. rer. amot. l. jusjurandum.* 34. §. *procurator.* 3. *ff. de jurejur.* Sed quæritur, an ſi ultro ſit paratus jurare procurator, admitti debeat ad jurandum. Quod

Quod verius videtur, per *l. 9. §. pen. de jurejur.* Ubi dicitur, quod jusjurandum procuratoris ei ab adverſario delatum proſit domino, pariatque domino, ſi reus ſit, exceptionem; ſi vero actor ſit, actionem ei producat.

Sed obſtat *l. generaliter. 12. §. his ita de præſentibus. 4. C. de reb. cred.* ubi dicitur, lite per procuratorem ventilata, ipſum dominum præſtare jusjurandum. Diſtinguendum ex ſententia *Bart. in l. qui bona. §. ſi alieno. num. 15. ff. de dam. inf.* cujus opinio in praxi ſervatur, teſte *Weſemb. in parat. de jurejur.* Aut adverſarius qui jusjurandum defert, contentus eſt, ut reus per procuratorem juret, & tunc volens procurator ad jurandum admittitur, in utilitatem domini. Aut adverſarius non vult ſtare ipſius jurejurando, ſed vult ut dominus ipſe juret, & hoc caſu procurator jurare volens, non eſt audiendus, ſed ipſe dominus jurare, & per ſe reſpondere cogitur. *d §. his ita. l. quoties. §. prætor. & §. ſeq. ff. de noxa. act.*

Secundo objicitur, quod per liberam perſonam alteri non acquiritur actio. *l. 1. C. per quas perſon. nobis acquir.* Reſp. Hoc in jurejurando aliter ſe habet: quia jusjurandum parem vim habet cum re judicata. *l. actori. 8. C. de reb. cred.* Sicuti ergo ex lite per procuratorem peracta competit domino actio judicati. *l. in cauſa. 17. §. ult. & l. ſeq. ff. de procur.* ita & in factum actio competit domino ex jurejurando procuratoris. *l. 9. §. penul. l. ult. §. pen. ff. de jurejur.*

ASSERTIO XXX.

Etiam ob latam culpam juratur in litem, & lata culpa continetur ſub dolo in civilibus cauſis.

DUbitatur inter DD. an ob latam culpam juretur in litem? Joan. & Azo negant. Moventur verbis text. in *l. 5. §. 3. ff. de in lit. jur.* qui ait *in litem jurari ob ſolum dolum.* Hæc verba taxativa, *ſolum, duntaxat, tantum*, & ſi qua ſimilia, ſolent in legibus noſtris eſſe præciſa, & caſus ſimiles excludunt. *l. non ſolum. 8. §. tale legatum. 3. ff. de libertatione legata.* Hinc excludunt etiam latam culpam, quæ dolus non eſt, ſed tantum ei comparatur. *l. 1. §. hac actio 1. ff. ſi menſ. falſ. mod. dixerit.* Movet quoque eos, quod dolus in pœnis non ſolet ad latam culpam produci. *l. in lege. 7. ff. ad l. Cor. de ſicar.* Hoc ſequuntur *Accurſ. Bart. Caſtr. & Jaſ. in d. l. 5.*

Sunt etiam qui ob latam culpam affirment jurari in litem, quæ eſt Fulgoſii ſententia. Movetur hac ratione, quod lata culpa dolo comparatur. *d. l. 1.* Movetur denique per text. in *l. is qui. 2. C. de in lit. jur.* ubi expreſſe & rotunde dicitur ob latam culpam in litem jurari. Cujus ſententiæ ſectatores ſe præbent *Duaren. in d. l. 5. Coraſ. lib. 4. miſc. c. 2. Zaſ. in ſingul. intellect. c. 2. num. 34. & 35.* Mihi

hi videtur verior hæc ſententia, quod etiam ob latam culpam juretur in litem: nam lata culpa non ſolum dolo comparatur, ſed eſt quoque doli ſpecies. quod probat Celſus aperta voce in *l. quod Nerva. 32. ff. depoſ.* quia eſt dolus præſumtus juris interpretatione, ut recte notat *Accurſ. in d. l. quod Nerva.* Idem probat *l. 1. §. is quoque. 5. ff. de obl. & act.* ubi dicitur quod lata culpa, quæ magna negligentia appellatur, in doli crimen incidat.

Non obſtat quod ait JC. in *d. l. 5. duntaxat. vel ob ſolum dolum in litem jurari:* nam & de agrimenſore dictum eſt, quod de dolo duntaxat teneatur in *d. l. 1. §. hac actio.* nihil tamen id impedit, quo minus & latam culpam præſtet. *d. §. hac actio.* verſ. *lata culpa.* Sic etiam de depoſitario traditum eſt, quod duntaxat de dolo teneatur in *l. contractus. 23. ff. de R. J.* nihil tamen dubitat Celſus, quin & de lata culpa teneatur, in *d. l. quod Nerva.* Idem denique reſponſum eſt in precario in *l. quæſitum. 8. eum quoque. 3. ff. de precar.* nam & lata culpa dolus eſt. *l. magna. 226. ff. V. S.* Nec obſtat, quod prædictæ leges utuntur particulis taxativis: hæ dictiones taxativæ, veluti *tantum*, *ſolum*, *duntaxat*, non excludunt caſus ſimiles. *l. ob æs alienum. 12.* & ibi *gl.* & *Bart. C. de præd. & aliis reb. minor. ſine decret. non alienand. vel obligand.*

Denique non obſtat, quod dolus in delictis non porrigatur ad latam culpam: nam id verum eſt, ſi ad pœnam corporalem agatur. *d. l. 7.* Si autem delicti pœna pecuniaria ſit & civilis, lata culpa pro dolo eſt, & doli appellatione continetur. text. apertus in *l. 1. §. non alias. 2. ff. ſi quis teſt. lib. eſſe juſſus erit, &c.*

ASSERTIO XXXI.

In jurejurando in litem habetur ratio affectionis.

QUod affectionis ratio habeatur in hoc juramento, probat *l. tutor. 8. ff. de in lit. jur.* ubi dicitur, ex arbitrio actoris pretium ſtatuendum in juramento in litem. Illud autem optima ratione traditum eſt, in hoc juramento ex arbitrio & affectione actoris æſtimationem rei iniri, ut ſcilicet contumacia & dolus rei, qui rem ſuam domino reſtituere non vult, puniatur. *d. l. tutor.* Non enim æquum eſt dominum invitum rem ſuam juſto & communi pretio vendere. *l. non enim. 9. ff. rer. amot.* Itaque cum dominus invitus hoc caſu rem ſuam vendere, & poſſeſſori relinquere cogatur, æquum eſt, ut rei pretium pro arbitrio ſuo ſtatuat.

Objicitur, quod traditur in jure affectionis rationem non haberi. Pretia enim rerum, non ex utilitate vel affectione ſingulorum, ſed communiter fungi debent. *l. pretia. 63. ff. ad l. Falc.* Similiter in *l. ult. ff. de operis ſerv.* dicitur, voluptatis vel affectionis æſtimationem non haberi. Tertio aſſeveratur in *l. 1. §. & alias videamus. 15. ff.*

ff. ſi quid in fraud. patron. fact. ſit. patronum propter affectionem, vel oportunitatem vel vicinitatis, vel cœli, rem juſto precio venditam revocare non poſſe. Reſp. Ex his legibus non efficitur, nullum eſſe juramentum in litem affectionis. Jusjurandum enim in litem non propter ſolam affectionem præſtatur, quam actor adverſus rem petitam habet, ſed propter dolum & contumaciam rei rem petitam non reſtituentis. *l. 1. l. 2. §. ult. ff. de in lit. jur.* Dolus & contumacia rei faciunt, ut affectionis ratio habeatur: quæ certe nulla ratione punirentur, ſi rei pretium ex communi æſtimatione ſit pendendum.

Secundo obſtat *l. ſi ſervum. 33. ff. ad l. Aquil.* ubi dicitur, ſi ſervus, qui erat filius meus naturalis, quem ego magno pretio emtum volebam, occiſus ſit, quod occidens in veram ſervi æſtimationem teneatur, nulla affectionis habita ratione. Ergo multo minus in hoc caſu, quo dolus ex contumacia metitur, affectionis ratio habenda eſt, cum hoc delictum verſetur in omittendo, illud vero in faciendo, quod longe graviorem pœnam meretur. Reſp. Damnum datum, ex lege Aquilia, propria & certa pœna punitur: quanti ſcilicet ea res intra annum retrorſum computatum plurimi valuerit, unde partis arbitrio nihil committitur, ne duplici pœna delinquentes graventur, contra *l. omnes. 23. C. de pœn. l. ſanctio. 41. ff. eod.*

Tertio adverſatur *l. nummis. 3. & l. in inſtrumentis. 11. ff. de in lit. jur.* ubi dicitur, jurari in litem de eo quod actoris intereſt, nummos depoſitos ſibi ſua die redditos non eſſe, vel inſtrumenta prolata non eſſe. Hinc ſequitur, non haberi rationem affectionis in jurejurando in litem, quia verum intereſſe opponitur liberæ & pœnalis æſtimationi, quæ fit per jusjurandum in litem ex arbitrio actoris. *l. 2. §. ult. ff. de in lit. jur. l. non a judice. 64. ff. de judic.* Reſp. Ideo in nummis depoſitis non juratur in litem, quia in nummis nulla cadit affectio, cum eorum certa ſemper ſit æſtimatio. Similiter inſtrumentis non exhibitis, juratur, quanti actoris intereſt, quia non inſpiciuntur inſtrumenta, ſed res quæ inſtrumentis continetur; ideoque non conſideratur affectio, quam actor adverſus inſtrumenta habet, ſed inſpicitur tantum quod actoris intereſt. Diſſentit *Coraſ. lib. 6. miſcel. cap. 1.* qui ſtatuit nullum eſſe juramentum affectionis. Vide latius & plenius de hac quæſtione *Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. centur. 3. caſu* 207. ubi enumerat ex ordine omnes caſus, in quibus locus eſt juramento affectionis.

ASSER-

ASSERTIO XXXII.

In contractu venditionis & emtionis non juratur in litem.

QUæſitum eſt ab interpretibus, an in actione empti, qua petit emtor rem emtam ſibi tradi, juretur in litem. Et verius eſt non jurari. Probatur hæc ſententia per *l. ſi traditio.* 4. C. *de act. empt.* ubi ſtatuitur, quod ſi procacia venditoris res vendita non tradatur, quod fiat condemnatio, quanti intereſt completi emtionem. Dum lex ſignificat venditorem condemnari in id quod intereſt, oſtendit non condemnari, quanti in litem juratum eſt: pugnant enim hæc inter ſe, quanti intereſt, & quanti in litem juratum eſt. illud enim quod intereſt, veram rei æſtimationem ſignificat: in juramento vero in litem, ex ſingulari affectione & arbitrio actoris res æſtimatur. *l. 2. l. tutor.* 8. *ff. de in lit. jur. l. non a judice.* 64. *ff. de judic.* Quæ deciſio etiam juſtiſſima ratione comprobatur, quia in iis tantum actionibus æquum eſt in litem jurari, in quibus agitur ad reſtituendam rem, quæ vel noſtra eſt, vel ad noſtrum jus pertinet. *d. l. tutor. l. ſi filiofam.* 53. §. 1. *ff. ſol. mat.* Ideoque cum emtor nondum ſit dominus rei emptæ ante traditionem, agatque ad rem alienam ſibi præſtandam, merito in actione ex empto non juratur in litem.

Sed objicitur, quod generaliter traditur in *l. 5. ff. de in lit. jur.* & *l. 3. §. in hac.* 2. *ff. commod.* in omnibus bonæ fidei judiciis jurari in litem. *Reſp.* Verba illa generalia ita ſunt reſtringenda, dummodo illæ actiones competant ad rem reſtituendam, quæ vel noſtra ſit, vel ad noſtrum jus pertineat. Propter iſtas enim duas cauſas res jurejurando in litem æſtimatur, primum ut contumacia rei puniatur, deinde ut de re petitoris, vel ad jus ejus pertinente agatur *d. l. tutor.* Proinde in actione commodati, depoſiti, locati, item in actione ex ſtipulatu pro dote reſtituenda, in actione tutelæ, cum res ſuas pupillus a tutore repetit, juratur in litem, quia in his omnibus agitur de re noſtra reſtituenda. *l. 1. §. in depoſiti.* 26. *ff. depoſ. d. l. 3. §. in hac. l. ſi cui locaverim.* 48. §. 1. *ff. de locat. d. l. tutor. d. l. ſi filiofam.* §. 1. Contra quia in actione ex emto non agimus ad rem noſtram reſtituendam, ſed ad rem venditam nobis tradendam, non juratur in litem. Hanc ſententiam probant *Donel. ad l. 5. num. 4. ff. de in lit. jur. Duaren. ad eundem tit. num. 22. & ſeq. Borcholt. c. 4. ff. eod. Anton. Faber de error. pragmat. decad. 17. errore 7.*

Assertio XXXIII.

In contractibus, qui ſolius recipientis cauſa fiunt, leviſſima culpa; in contractibus qui ſolius dantis utilitatem reſpiciunt, lata culpa; in iis qui utriuſque gratia fiunt, levis culpa præſtatur.

PRobatur hæc theſis aperte in *l. contractus.* 23. *ff. de R. J.* & *l. ſi ſervus.* 108. §. *cum quid. ff. de leg.* 1. *l. ſi ut certo.* 5. §. *nunc videndum.* 2. *ff. commod.*

Objicitur de precario, quod ad recipientis commodum pertinet, & tamen ibi præſtatur tantum dolus & lata culpa. *d. l. contractus. l. quæſitum.* 8. §. 3. *ff. de precar.* Reſp. Regula de contractibus accipienda eſt, ſed precarium proprie non eſt contractus, quia ſubſtantia contractus eſt obligatio. Atqui precario dans non obligatur, ſed repetere poteſt precarium, quando vult. Sibi ergo imputet, qui cum ſuſpectam haberet diligentiam precario poſſidentis, precarium non revocavit. *l.* 2. *ff. de precar.* Non eſt contractum negotium in precario. *l. interdictum.* 14. *ff. de precar.*

Opponitur ſecundo §. *ult. inſt. locat. l. ſi merces.* 25. §. *qui columnam.* 7. *ff. eod.* ubi exactiſſima diligentia requiritur in locatione, & leviſſima culpa præſtatur. Ad §. *ult.* reſpondent communiter DD. quod ibi ſuperlativus poſitus ſit pro poſitivo. Ideoque quod ibi requiritur a conductore diligentiſſimi patrisfam. cuſtodia, perinde accipiendum eſt, ac ſi diligentis patrisfam. exigeretur: cum juxta communem contractuum naturam in contractibus, in quibus utriuſque utilitas verſatur, ut in locatione, levis culpa præſtatur, ſeu diligentis, non diligentiſſimi patrisfam. cuſtodia. Sic e contrario in §. *item is.* 2. *inſt. quib. mod. re cont. obl.* ponitur poſitivus pro ſuperlativo. Quod enim ibi dicitur, commodatarium teneri ad exactam diligentiam, pro exactiſſima accipiendum eſt. *l. in rebus.* 18. *ff. commod. d. l.* 1. §. 1. *ff. de obl. & act.* Poteſt enim hoc modo ad *d.* §. *ult.* reſponderi, quod ibi conductoris gratia inita eſt locatio, quia conductor initium dedit contractui, & a locatore primum uſum rei petiit, & antequam uſus eſſet mercedem dedit aut promiſit, quo facilius locatorem ad contrahendum ſecum induceret. *Vultej. ad d.* §. *ult. inſt. de locat.* & *cap.* xv. *in diſceptat. ſcholaſt.*

Quæritur, an conductor de incendio teneatur, ſi forte dubium ſit, an culpa, an vero caſu fortuito incendium ortum ſit. Et dicendum conductorem teneri, niſi de diligentia ſua doceat. Ratio eſt, quia plerunque incendium fit culpa inhabitantium, & ſine culpa incendium fieri non præſumitur. *l.* 3. §. 1. *ff. de off. præf. vig. l. ſi vendita inſula.* 11. *ff. de peric. & com. rei vend. Cujac. lib.* 17. *obſer. c.* 29. A qua ſententia nonnihil diſſentit *Gail. lib.* 2. *obſ. c.* 21. *num.* 4.

Sed.

Sed opponitur *l.* 1. §. *is quoque.* 5. *ff. de oblig. & act. l. cum duobus* 52. §. *damna.* 3. *ff. pro ſoc. l. contractus.* 23. *ff. de R. J.* ubi incendium refertur inter caſus fortuitos, & damna fatalia. Atqui conductor non tenetur de caſu fortuito. *l. in hoc judicio.* 28. *C. locat.* Reſp. ſub diſtinctione, Aut incendium oritur ab inhabitantibus, vel hoſpitibus, & tunc reſpectu patrisfam. quia culpa vacat, dicitur caſus fortuitus. *l. qui inſulam.* 30. §. 1. *ff. locat.* Aut incendium, patrisfam. negligentia cauſatum eſt, & tunc culpæ ejus adſcribitur, & damnum ab eo reſarciendum eſt. *d. l. ſi vendita inſul. Afflictus deciſ. Neapol.* 57. *Turza. in comm. opin.* 87. ubi notat, ſi in domo alicujus cauponis vel hoſpitis, hoſpitantes ignem fecerint, non teneri hoſpitem de incendio. Dominus enim non tenetur de facto hoſpitum, vel viatorum, text. in terminis in *l.* 1. §. *ult. ff. furt. adv. naut. caup. ſtabular.* Ad §. *qui columnam.* reſpondetur, ſingulare eſſe in deportatione rerum periculoſarum, quæ facile frangi poſſunt, ut vitri, columnarum, ſignorum. Itaque in his rebus tractandis, quæ ſummam cautionem & ſingularem induſtriam deſiderant, exactiſſima diligentia præſtanda eſt, cum in cæteris ſufficiat mediocrem curam præſtari.

In tutela & negotiorum geſtione levis quoque culpa præſtatur, quamvis in hoc contractu utilitas abſentium tantum verſatur, in illo commodum pupillorum ſolum. *l.* 1. *ff. de tutel. & ration. diſtr. &c. l. quidquid.* 7. *C. arb. tutel. l. ſi negotia.* 11. *ff. de neg. l. tutori.* 20. *C. eod.* Hæc enim contra communes & ordinarii juris regulas in favorem pupillorum & abſentium ſunt conſtituta. Accedit hæc ratio, quod ideo geſtor de levi culpa tenetur, quia ſe ultro geſtioni obtulit, non rogatus à domino; unde gravius oneratur, quam ſi ab eo requiſitus eſſet. Videtur enim eo ipſo, quod ſuo arbitrio acceſſit ad negotia gerenda, tacite ſe diligentem & idoneum profiteri, arg. §. 1. *inſt. de obl. quæ ex quaſi contr. naſc. Caſtren. ad d. l. ſi negotia.* Et per ſe quidem tantum levis culpa præſtatur in negotiis geſtis, non leviſſima; niſi per accidens, cum videlicet alius diligentius negotia curare volebat, cui geſtor credere noluit. tunc enim leviſſima culpa præſtatur. §. 1. *inſt. de obl. quæ ex quaſi contr. naſc. l. ſi pupilli.* 6. §. *ult. ff. de neg. geſt.* In tutore quoque levis culpa præſtatur, licet nulla ejus verſetur utilitas. Ratio & hæc reddi poteſt, quia tutela publicum munus eſt, ideoque quilibet ad id munus obeundem, & pupillare negotium gerendum, ut diligens & frugi paterfam. cogi poteſt.

Opponitur tertio *l. quod Nerva.* 32. *ff. depoſ.* ubi dicitur, depoſitarium eam diligentiam debere depoſito adhibere, quam ſuis rebus abhibet: ponamus autem hominem attentiſſimum & diligentiſſimum. Ergo & ſimilem diligentiam in depoſito adhibebit, & leviſſimam culpam præſtabit, non tantum latam. at Juſtinianus eum indefinite a culpa excuſat. §. *pen. inſt. quib. mod. re. contr. obl.* Reſp. Quod

JC. requirit a depoſitario, ut talem rebus depoſitis cuſtodiendis curam adhibeat, qualem ſuis propriis; hoc non accipiendum de diligentiſſimo depoſitario, ſed de eo qui non fuit admodum diligens in rebus propriis cuſtodiendis. Quod ſi hic non adhibeat eam diligentiam in rebus depoſitis, quam in ſuis, certe latæ culpæ reus eſt. Porro quod de parum diligente patrefam. JC. loquatur, ex verbis legis liquido apparet, dum dixit, non requiri a depoſitario, ut ad eum modum diligens ſit, quem hominum natura deſiderat.

Quartum argumentum. Qui in communionem incidit, ut coheres, item ſocius conſenſu factus, & maritus in re dotali, non tenentur ad eam diligentiam, qualem diligens paterfam. rebus ſuis adhibet. *l. heres.* 25. §. *non tantum.* 16. *ff. fam. erciſc. l. ſi conſtante.* 24. §. *ſi maritus.* 5. *ff. ſol. matr. l. ſocius ſocio.* 72. *ff. pro ſoc. l. quod ſæpe.* 35. §. *ſi res vendita.* 4. *ff. de contr. empt.* Reſp. Culpa ea de qua aſſertio loquitur, præſtanda eſt in rebus omnino alienis. Itaque quia coheres, ſocius, & maritus in re dotali quodammodo ſive pro parte res proprias gerunt, de lata tantum culpa tenentur. Adde & in ſocio hanc rationem, quod de ſe queri debet, qui parum diligentem ſocium ſibi delegit. *d. l. ſi ſocius ſocio.*

In mandato diſtinguendum eſt: ſi mandantis tantum utilitas verſatur, lata culpa præſtatur. *l.* 8. *in fin. l.* 10. *in princ. ff. mand.* ſi ſolius mandatarii, leviſſima: utriuſque, levis. quemadmodum in commodato diſtinguitur. Pro rerum autem varietate excipitur, ut ſi res talis ſit, quæ mandata eſt, ut diligentiam exactiſſimam requirat, etiam leviſſima culpa præſtabitur, ut in procuratore ad judicia & lites dato obtinet. *l. a procuratore.* 13. *C. mandat.* Ratio eſt, quod in judiciis maxima requiratur ſolertia, & procurator harum rerum peritiam profitetur.

Quinto objicitur, quod venditor in re vendita cuſtodienda talem cuſtodiam præſtare debet, qualem præſtant hi quibus res eſt commodata. *l.* 3. *ff. de peric. & com. rei vend.* Ergo ad exactiſſimam diligentiam tenetur venditor, ſicut commodatarius. Reſp. Quod prius indicavit JC. in *d. l.* 3. venditorem talem diligentiam præſtare debere, qualem commodatarius, hoc poſtea declarat, ut magis exactam præſtet diligentiam, quam in rebus ſuis; ſed non talem diligentiam paterfam. præſtare eſt ſolitus, ſicut commodatarius. *l. in rebus.* 18. *ff. commod.*

Ultimo obſtat *l. ſi cum venderet.* 13. §. *ult.* cum *l. ſeq. ff. de pign. act.* ubi dicitur, in pignore cuſtodiendo eam culpam præſtari debere a creditore, quæ in commodato præſtatur, ubi & leviſſima culpa imputatur. Reſp. Aut accipiendus eſt iſte locus de commodato utriuſque gratia contracto, quaſi eadem culpa præſtetur in pignore, quæ in tali commodato præſtatur. *d. l. in rebus.* Vel dicendum, quod in actione pignoratitia veniat dolus & culpa ſicut in commodato: ſed diverſa ratione æſtimatur culpa in pigno-

re,

re, quam commodato. Nam in *d. l.* 14. ſubjungitur, ſufficere creditorem in pignore eam diligentiam adhibere, quam diligens paterfam. rebus ſuis adhibebit. Ergo non adſtringitur ad eam diligentiam, quam diligentiſſimus paterfam. rebus ſuis adhibet, ad quam tamen tenetur commodatarius, ac proinde non tenetur creditor in re pignorata de culpa leviſſima, quæ opponitur exactiſſimæ diligentiæ. *d. l. in rebus. l.* 1. §. 1. *ff. de obl. & act.*

ASSERTIO XXXIV.

In contractibus nominatis non datur condictio ob rem dati.

HAnc ſententiam tradit *Accurſ. in l.* 2. *C. de cond. ob cauſ.* per *l.* 1. *in fin. ff. de rer. permut.* & *l. ult. ff. de cond. cauſ. dat. &c.* Quæ ſententia verior & probabilior videtur, idque per regulam, qua traditur, quod in contractibus nominatis non agitur ad diſtractum, ſed potius ad implementum contractus. *l. ea conditione.* 14. *C. de reſc. vend. l. vendita.* 6. *C. de act. empt. Weſemb. in parat. de cond. cauſ. dat. &c.*

In contrarium adfertur *l. cum te.* 6. *C. de pact. int. empt. & vendit. compoſitis.* ubi ex contractu venditionis datur condictio ob cauſam, quia emtor non implet ex ſua parte contractum. Reſp. Quod ibi non proprie emtio, ſed potius innominatus contractus fuit initus: nam res fuit alienata exiguo pretio, ea conditione, ut accipiens certam aliquam rem præter pecuniam daret. Quæ res cum longe erat majoris valoris, quam pretium conventum, cumque ejus rei contemplatione principaliter contractus fuerat initus; merito hoc negotium pro contractu innominato eſt habendum, ex quo competit condictio ob rem dati. Hæc eſt communis & recepta DD. opinio, teſte *Pinel. in rub. de reſc. vend. part.* 2. *c.* 2. *num.* 19. & *ſeqq.*

Secundo objicitur *l. ex emto.* 11. §. *is qui vina.* 6. *ff. de act. empt.* ubi ex contractu emtionis datur actio ex emto, & condictio ob cauſam. Sed reſpondetur, quod ibi non ex emtione, verum ex datione arrhæ, quæ eſt ſpecialis & ſeparatus contractus, venditoris gratia initus, competit hæc condictio. *l. contractus.* 17. *C. de fid. inſtr. Azo in ſum. C. de cond. ob cauſ.*

Assertio XXXV.

Si tibi pecuniam dedi, ut mihi Stichum dares, permutatio eſt, non emtio, periculoque meo Stichus erit.

Comprobatur hæc aſſertio aperte in *l. ult. ff. de cond. cauſ. dat. &c.* ubi dicitur, quod quando quis pecuniam alteri dedit, ut ſibi Stichum daret, non eſſe hunc contractum pro portione emtionis & venditionis, id eſt, non eſſe ſpeciem emtionis, ſed obligationem ob rem dati, re non ſecuta, id eſt, permutationem contractam cenſeri.

Sed graviter obſtat *l. naturalis.* 5. §. 1. *ff. de præſcr. verb.* ubi dicitur, ſi pecuniam do, ut rem accipiam, emtionem eſſe. Reſp. Duarenus, imprimis inſpiciendam eſſe voluntatem contrahentium, & quid inter eos actum ſit. Cum itaque non appareat in *d. l. ult.* de emtione quicquam actum eſſe, ut cum neque venditionis, neque pretii, neque mercis fiat mentio, quæ duo tanquam ſubſtantialia oportet in emtione intervenire. §. *pretium. inſt. de empt. & vend. l. ult. C. de præd. decur.* alium interceſſiſſe contractum ex contrahentium mente, item ex argumentis & conjecturis colligitur. Ut ſi Stichum non erat venditurus, ſed tamen facile donaturus, ſi remunerationis loco aliquid accipiat: hoc caſu ſi dictum ſit. Do tibi hanc pecuniam, ſi mihi Stichum dederis, nemo affirmabit venditionem eſſe contractam, ſed contractum *do ut des* initum. *Duaren. ad tit. de cond. cauſ. dat. Coraſ. lib.* 2. *miſc. c.* 9.

Hæc de prima parte theſis. Altera pars, qua dicitur, periculo meo, qui pecuniam dedi, eſſe Stichum, ſi forte mortuus ſit Stichus, antequam eum mihi dares, probatur expreſſo textu *d. l. naturalis.* §. 1.

Cui tamen graviſſime obſtat *d. l. ult.* ubi dicitur, ſi dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, & mortuus eſt Stichus, poſſe me pecuniam repetere. Unde videtur periculum Stichi ad eum pertinere, qui tenebatur eum dare, non ad eum qui pecuniam dedit pro Sticho, quandoquidem ipſe mortuo Sticho pecuniam repetere poteſt. Reſp. Hactenus perit Stichus periculo ejus qui pecuniam dedit, ut non poſſit agere præſcriptis verbis, quanti ſua intereſt ſibi Stichum dari. *d. l. naturalis.* §. 1. Attamen pecunia data illi non perit, quia poteſt eam condicere, tanquam cauſa non ſecuta, ob quam data eſt. *d. l. ult. Duaren. ad l. ſi ex legati.* 23. *ff. de V. O. Cujac. lib. obſ.* 23. *c.* 29. quæ ultima fuit ſolutio *Accurſii in d. l. naturalis.* §. 1.

ASSERTIO XXXVI.

Indebitum errore facti ſolutum repetitur, non errore juris.

REgula hæc traditur in *l. cum quis.* 10. *C. de jur. & fact. ign. l. regula.* 9. §. *ſi quis.* 5. *ff. eod. l. error.* 9. *C. ad l. Falc.* Si quis jus ignorans ſolvit indebitum, ſolutum condicere non poteſt: ignorantia enim juris non prodeſt, cum leges omnes homines ſcire debeant. *l. leges. C. de legib. l.* 2. *ff. de jur. & fact. ignor.* ubi dicitur, quod jus certum ſit atque finitum: hoc eſt, certæ leges & conſtitutiones Principum publice ſunt propoſitæ, ut cuivis eas ſcire, cognoſcere, & deſcribere liceat. Non exigitur quidem, ut omnes JCtorum artificia didicerint, ſed communis eorum quæ legibus continentur, intelligentia ab omnibus exigitur. Eleganter ait *Salyc. ad l. quod te. ff. ſi cert. pet.* Ignorare leges communes vel regulares lata culpa eſt, ſed non ignorare leges ſingulares. Non eſt neceſſe, ut ruſticus aliquis ſit Servius Sulpitius aut Scævola, ſed communis juris peritiam habere debet. arg. *l. regula.* 9. *ff. de jur. & fact. ign.* Leges etiam naturæ ſeu divinas, videlicet decalogo comprehenſas, nemini licet ignorare. De utriuſque juris & facti ignorantia accommodatum extat exemplum in *d. l. error.* verbi gratia: Qui ſolvit integra legata errore facti, cum falſo putaret hereditatem ſatis eſſe locupletem ad integra legata ſolvenda, nec detraxit Falcidiam, poteſt repetere quod ultra quartam Falcidiam ſolvit. Sin autem errore juris ſolvit ceſſat repetitio, hoc eſt, ſi ſcivit bona defuncti non ſufficere ad ſolida legata ſolvenda, & quartam; nec tamen exiſtimavit eam ſibi jure deberi, ſed credidit ſe ad integra legata ſolvenda ſine ulla deductione teneri, quartæ juris errore non repetit legata ultra quadrantem ſoluta. Juris igitur ignorantia nemini opitulatur, facti vero non nocet. Similiter fideicommiſſum in minus ſolenni teſtamento relictum, errore facti ſolutum repetitur, errore vero juris ſolutum non condicitur. *l. fideicommiſſum.* 7. *C. de cond. indeb. l.* 2. *C. de fideicom. gl. in d. l. cum quis.*

Obſtat *l.* 7. & 8. *ff. de jur. & fact. ign.* ubi dicitur, quod *juris ignorantia ſuum petentibus*, aut, quod idem eſt, *in damnis rei ſuæ amittendæ, non nocet.* Reſp. Qui condictione indebiti ſolutum repetit, non quod ſuum eſt, ſed quod ſibi debetur, petit. *Suum* enim id dicitur, quod alicujus proprium eſt. *l. Quintus Mucius.* 27. § *argento.* 2. *ff. de aur. & arg. leg.* Qui autem indebitum ſolvit, tranſtulit dominium rei ſolutæ in accipientem: itaque propter ignorantiam juris non repetit, quod publico jure tranſtulit in alium. Aliter reſponderi poteſt ad *d. l.* 8. ubi dicitur, quod juris error omnibus non noceat, contendentibus de damno rei ſuæ, ut hoc ita intelli-

 gatur,

gatur, quaſi dicat JC. quibuſdam non nocere, non autem nullis. Similis formula locutionis extat in *l. ſi ſervus.* 9. §. *ſi plurium.* 1. *ff. ſi quis caut. in jud. ſiſtend. cauſ. fact. non obtemperaverit.* ubi cum dicitur, *omnes ſervos ſtatos non eſſe*, intelligitur quoſdam ſtatos non eſſe. Tales autem perſonæ, quibus juris ignorantia non nocet, ſunt milites, minores, ruſtici, & fœminæ. *l. pen. C. de reſt. in int. d. l. regula. in princ. l.* 1. 11, & *ult. C. de jur. & fact. ign. l. ſi quis id.* 7. §. *doli.* 4. *ff. de juriſd. Cujac. lib. obſerv.* 5. *cap. pen. Duaren. ad tit. de cond. indeb.*

Secundo objicitur *l.* 1. *in princ. ff. ut in poſſ. legat. &c.* ubi heres qui ſatisdedit legatorum nomine errore juris, cum remiſſa ei eſſet à teſtatore cautio, ſatisdationem condicere poteſt. Reſp. Ibi benigne ſuccurritur heredi ſatiſdanti jus neſcienti, ratione ultimæ voluntatis, quia voluit defunctus heredem non cavere legatariis. Ergo cum hoc tantum caſu ei benigne ſuccurratur, in cæteris caſibus errore juris promittentibus non ſuccurretur; quia quod benigne receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias.

Assertio XXXVII.

Nulla competit repetitio indebiti ab eo qui ſuum recepit, tametſi ab alio quam vero debitore ſit ſolutum.

Quæritur, ſi illud quod quis ſolvit, debitum quidem erat, ſed non ab eo qui ſolvit, ſed ab alio, an detur repetitio. utputa Titius qui heredem ſe eſſe exiſtimabat, cum revera non eſſet, ſolvit legata & debita teſtatoris, dabiturne ei repetitio? Hic ſunt pugnantes leges. In *l. ſi pœna.* 19. §. 1. *ff. de cond. indeb.* dicitur, quamvis debitum quis recipiat, tamen, ſi is qui dedit, non debuit, competere repetitionem. Verum in *l. repetitio.* 44. *ff. eod.* contrarium ſtatuitur, quod ſcilicet repetitio ceſſet, quando ſuum, hoc eſt, ſibi debitum quis recepit, tametſi a vero debitore non eſt ſolutum. Veriſſima hic eſt Accurſii diſtinctio. Aut is qui ſolvit quod alius debet, ſuo nomine ſolvit, & tunc dabitur condictio indebiti, & verus debitor non liberatur. *d. l. ſi pœna.* §. 1. *l. in ſumma.* 65. §. *ult. ff. eod. l.* 5. *C. de cond. indeb. l. ſi quid poſſeſſor.* 31. *ff. de pet. her. l. cum quis.* 38. §. *de peculio.* 2. *ff. de ſolut.* Aut debitoris nomine ſolvit, & tunc nulli datur condictio indebiti, & verus debitor liberatur. *d. l. repetitio. l. quod nomine.* 8. *l. ſervus.* 36. *ff. de cond. indeb.* Sic in ſpecie *l. de hereditate.* 5. *C. de pet. her.* ponendum eſt, eum qui falſo putabat ſe heredem eſſe, ſolviſſe heredis nomine, & ideo ceſſat condictio indebiti: quia cum hereditario nomine ſolvit, indebitum non ſolvit. E contrario in ſpecie. *l.* 5. *C. de cond. indeb.* qui falſo putabat ſe heredem, ſolvit ſuo nomine, & ideo condictioni indebiti locus eſt. *Cujac. lib. obſ.* 8. *c.* 9.

ASSERTIO XXXVIII.

Debitor qui debet alternative duas res, & ſolvit utrunque, eligere poteſt, quod repetat.

DEbitor qui debet alternative Stichum, vel certam pecuniæ quantitatem, habet electionem ſolvendi quod velit. Sed ſi per errorem ſolvit utrunque, putans ſe utrunque debere conjunctim, quæritur, an ſicut ab initio ſolvendi habuit electionem, niſi erraſſet, ita nunc habeat electionem condicendi, quod velit. Ulpianus, Marcellus, Celſus denegant ſolventi electionem, & creditori arbitrium retinendi quod velit, concedunt, ex ea ratione, quod hic creditor nunc debitor factus eſt. Itaque cum in alternativis ſit electio debitoris, merito ei retinendi arbitrium quod velit, permittitur. *l. ſi non ſortem.* 26. §. *pen. ff. de cond. indeb.*

Contrarium ſtatuit Imp. Juſtinia. in *l. pen. C. eod.* ubi ſolventi electionem repetendi quod velit, concedit, ideo quod hæc repetitio reſolvat & reſcindat ſolutionem: debet ergo reſtituere electionem debitori, quam habuit, & ſic qui ſolvendi habet electionem, habet & repetendi. In hac diſcrepantia retinenda eſt Imp. Juſtiniani ſententia in *d. l. pen.* quod videlicet in ſolventis electione ſit, quid condicat; non accipientis, quid reddat, aut retineat. Igitur aperte *l. penult.* corrigit §. *penult. d. l. ſi non ſortem.* quod & Accurſ. licet timide, refert. Nam *d. l. penult.* eſt una ex 50. conſtitutionibus Juſtiniani, quæ in ſecunda editione codicis ſunt inſertæ, quibus & pandectarum leges, & veteres conſtitutiones eidem codici inſertæ emendantur & reformantur. *l. unic. C. de emend. C. Juſtin. in princ. Baro ad.* §. *præterea quod per alluvionem. inſt. de rer. diviſ. Cujac. lib. obſ.* 8. *c.* 34.

ASSERTIO XXXIX.

Condictio furtiva in ſolidum datur contra heredes furis.

PRobatur hoc enunciatum in §. *ult. inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc.* ubi dicitur, condictionem dari contra furis heredem, licet non poſſideat rem furtivam, & apertius in *l.* 9. *ff. de condict. furt.* ubi aperte ſcribit Ulpian. in condictione furtiva non pro eo duntaxat, quod ad eos pervenit, ſed in ſolidum, teneri heredes. Ubi textus tam eſt apertus, ut Cujacius dicat, niſi textus ille extaret tam diſerte ſcriptus, ipſe ſtatueret, condictionem furtivam contra heredem furis in ſolidum non dari, plane contra aperta legis verba. Unde dicit ſe ad tempus in hac quæſtione ſubſiſtere, & judicium ſuum ſuſpenſum tenere, *lib. obſer.* 7. *cap.* 37. Ratio etiam manifeſta

id ipſum ſuadet: nam cum condictio furtiva non ſit pœnalis, ſed rei perſecutoria actio. *l. ſi pro fure.* 7. §. 1. *ff. eod.* conſequens eſt, ut ſicut cæteræ actiones, quæ rem perſequuntur, ita licet nihil ad eos pervenit, competat.

Contrarium affirmat *Cujac. lib. obſ.* 7. *c.* 37. & *lib.* 13. *c.* 37. ubi defendit, condictionem furtivam non dari contra heredes in ſolidum, ſed tantum in id quod ad eos pervenit.

Argumenta ejus hæc ſunt. Primo movetur per *l. tutor.* 9. §. *ult.* cum *l. ſeq. ff. de tut. & rat. diſt. &c.* ex qua colligit, condictionem furtivam morte tutoris interire. Sed reſpondetur, ibi tantum proponi, quod hæ tres actiones, furti ſcilicet, damni injuriæ, & condictio furtiva naſcantur quidem pupillo contra tutorem durante tutela, ſed non exercentur, dum tutor adminiſtrat tutelam. Deinde quod ſubjicitur, morte tutoris has actiones interire, hoc accipiendum eſt de actione furti, & damni injuriæ, non de condictione furtiva, quæ non minus contra heredem, quam ipſum furem competit. *d. l in condictione.* 9.

Secundo objicitur *l.* 3. §. *pen. ff. de pecul.* ubi dicitur, ex furto filiifam. non dari condictionem furtivam contra patrem in ſolidum, ſed tantum, quatenus ejus peculium locupletius factum eſt. Ergo neque in ſolidum dabitur contra heredem, quia eadem conditio eſt patris & heredis. Sicut enim heres non tenetur ex delicto defuncti, ita nec pater ex delicto filii. *l. ex pœnalibus.* 58. *ff. de R. J.* Reſpondetur, non bonam eſſe conſequentiam patris & heredis; nam condictio furtiva datur tantum contra furem & ejus heredem, non contra patrem ex filiifam. furto. *l.* 5. *ff. de cond. furt.* ſed tenetur tantum pater actione de peculio, quatenus eſt factus locupletior, ne ex filii furto lucrum faciat. Idque tam diverſimode procedit in patre & herede filii, puta pater in vita filii, non ſuccedit, ſicut heres, niſi & ipſe pater heres extiterit filio.

Tertio adverſatur, quod condictio furtiva actioni rerum amotarum æquiparatur, cum utraque contineat rei perſecutionem, & detur in heredes. *l. contra.* 6. §. *ſi poſt.* 3. *l. ſi mulier.* 21. §. *pen. ff. rer. amot.* ſed actio rerum amotarum non datur in ſolidum contra heredes, ſed in quantum ad eos pervenit. *l. ult. C. rer. amot.* ergo neque condictio furtiva in ſolidum dabitur contra heredes furis. Reſp. Condictio quidem furtiva comparatur actioni rerum amotarum in quibuſdam caſibus, ſed non in omnibus: eſt enim in multis lenius & mitius judicium rerum amotarum, condictione furtiva: unde nec contra heredes uxoris vel mariti datur in ſolidum. Actio enim rerum amotarum non ulterius ligat heredes conjugum, quam in id quod ad eos pervenit, idque in honorem matrimonii tranſacti eſt receptum. Vide hanc deciſionem pulchre confirmatam apud *Anton. Fabrum. lib.* 4. *conject. jur. c.* 1. ubi erudite omnia contraria argumenta Cujacii refutat, ibique notat, ſe mirari Cujacium

cium JCtum doctiſſimum in re tam aperta cæcutiiſſe, & hallucinatum eſſe.

ASSERTIO XL.

Mulier certiorata de jure ſuo, renuntiare poteſt SC. Vellejano, etiam extra judicium, juxta communem DD. opinionem, contra BARTOLUM, GOMESIUM, *&* DONELLUM.

Quæritur an mulier poſſit renunciare beneficio SC. Vellejani, ita ut efficaciter ex interceſſione conveniatur. Bartolus inquit, contra hanc conſuetudinem renuntiandi SCto Vellejano eſt veritas, quia jure civili non poteſt renuntiare: pugnat Baldus, qui inquit, pro conſuetudine reſpondendum eſſe, quæ optima eſt legum interpres.

Connani argumenta, quod mulier renuntiare non poſſit beneficio ſuo, tria ſunt: Primum eſt Bartoli, Qua levitate & facilitate mulier ad intercendum inducitur, eadem renuntiat. *l. interdum.* 19. *ff. de minor.* arg. *l. doli.* 19. §. *diverſum. ff. de novat. l. ult. C. de pact. pign. l. ſi qua mulier.* 23. *C. ad SC. Vell.* Sed reſpondeo, pertinaciam eſſe mulieris, non fragilitatem cenſendam, cum inſtructa & edocta de jure, ſuo privilegio ſibi competenti renuntiat.

Secundo obſtat *l. ſi mulier.* 22. *C. ad SC. Vell.* ubi dicitur, ſi mulier iterato fidejuſſit pro alio intra biennium, nihilominus illi competit beneficium SCti Vellejani. Ergo etſi mulier renuntiavit SCto. Vellejano, adhuc utetur beneficio Vellejani. Nam idem eſt, ſive mulier dicat nova cautione ſe omnino teneri velle, nec a priori obligatione recedere, an vero juri ſuo renuntiando idem ſe velle oſtendat. Reſp. Aliud obtinet in renuntiatione, quam in ſecunda cautione: nam & ſecunda promiſſio interceſſio eſt, & eadem fragilitate fieri poteſt, qua prima. *l. doli.* 19. §. *diverſum. ff. de novat.* At renuntiatio aperta eſt remiſſio ſeu abdicatio ſui beneficii, & fit ex certa ſcientia. Adde quod nulli invito tribuitur beneficium.

Tertium eſt. Pares ſunt exceptiones SC. Vellejani & Macedoniani: atqui filius renuntiare non poteſt Macedoniano. Reſp. Diſſimilia ſunt hæc, quia SC. Macedonianum introductum eſt in odium fœneratorum filiofam. mutuo dantium. *l. qui exceptionem.* 40. *ff. de condict. indeb.* At Vellejanum non in odium mulierum, ſed in favorem earum receptum eſt: quilibet autem favori pro ſe introducto poteſt renunciare. *l. pen C. de pact.* Renuntiare autem mulieres extra judicium SCto Vellejano poſſe, liquido patet ex *l. ult. §. pen. ff. ad SC. Vell.* qui de renunciatione judiciaria non loquitur, ſed de ea quæ fit ante conſtitutum judicium, cum extra jus quæritur, utrum pure, an cum exceptione mulier judicium ſit acceptu-

ceptura. Item exemplum renuntiationis SC. Vellejani, habes in *l. 2.* & *auth. matri & aviæ.* item in *l. ult. C. quand. mul. tut. off. fung. pot.* item *nov.* 118. §. 4. ubi dicitur, quod mater poſſit eſſe tutrix filiorum, ſi auxilio SCti Vellejani renuntiet. Comprobat hanc aſſertionem, quod ſcilicet mulier poſſit beneficio SCti Vellejani renuntiare, dummodo in ſpecie ſit de tenore & ſententia hujus SCti certiorata. *Gail. lib. 2. obſ. c.* 77. ubi dicit totum mundum ſervare hanc opinionem. Approbant *Fachin. centur. 2. controv. jur. c. 9. Cujac. lib.* 20. *obſerv. cap.* 34. *Zaſ. lib. 2. ſing. reſpon. c.* 18. Diſſentit *Gomez. tomo 2. var. reſolut. c.* 13. *de fidejuſſor. num.* 17. & 18. Diverſam ſententiam quoque ſequitur & defendit eleganter *Eduardus Caldera in error. pragmat. lib.* 1. *c.* 8. & 9. ubi tamen in fin. cap. concludit, quod contraria ſententia, quod mulier certiorata de jure ſuo, renuntiare poſſit SCti Vellejani beneficio, conſuetudine forenſi ſit recepta & uſu fori approbata.

ASSERTIO XLI.

Compenſatio ſit ipſo jure, citra factum hominis.

Controvertitur inter interpretes, an compenſatio fiat ipſo jure, an vero facto hominis operante? Et verior eſt ſententia fieri ipſo jure, & debitorem alterum ab altero liberari ipſo jure, quia compenſatio vicem ſolutionis obtinet. *l. 4. ff. qui pot. in pig. l.* 19. *ff. de lib. cauſ.* Sicut autem ſolutione tollitur ipſo jure obligatio, §. 1. *inſt. quib. mod. tol.* ita etiam compenſatione, ſine ulla ſententia judicis. *Duaren. ad tit. de compenſ. c.* 2. Azo putat generaliter ſive regulariter tum demum fieri compenſationem ipſo jure, cum a partibus eſt oppoſita. allegat §. *compenſationes. inſt. de act.* ſpeciale autem eſſe in delictis, in quibus ipſo jure ſit compenſatio, ſine facto hominis. *l. ſi duo.* 36. *ff. de dolo.* Sed & quantum ad ſiſtendum curſum uſurarum attinet, eam ipſo jure fieri putat. *l. cum alter.* XI. *ff. de compenſ.*

Sed contrarium verius videtur, cum leges quas Azo pro confirmatione adducit, parum ad propoſitum faciant. Diverſum itaque paſſim JCti. & Impp. in *l. ſi ambo.* 10. & *l. poſtea quam.* 21. *ff. de compenſ.* & *l. ult. C. eod.* aperte decidunt, ubi compenſationem ipſo jure fieri adfirmant. Quod etiam apertiſſime convincitur ex *l. 4. C. de compenſ.* ubi Imp. Alexander reſcribit: *ipſo jure compenſationem pro ſoluto haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur.* Hujus rei hic eſt effectus, ut non videatur debitor in mora ſolvendi, qui poteſt vice mutua debitum compenſare. Item ut neque pœna, neque uſura quantitatis ejus, quæ compenſari poteſt, debeatur. *l.* 4. & *C.* 5. *de compenſ.* Qua de cauſa cum alter gratuitam, alter ſub uſuris pecuniam debet, concur-

currentis utrinque quantitatis uſuræ non præſtantur. *d. l. cum alter.*

Objicitur huic ſententiæ §. *in bona fidei* 30. & §. *compenſationes.* 39. *inſt. de act.* & *l.* 4. *C. de compenſ.* quæ ajunt opponendam eſſe compenſationem in judicio. item *l. quod Labeo.* 13. *ff. de eod.* ubi dicitur, ſpecialiter opponendam eſſe compenſationem certæ alicui petitioni. Reſp. Oportet quidem compenſationem in judicio opponi, ſaltem eatenus, ut de ea innoteſcat judici, quia judex non poteſt divinare: verum poſtquam eſt oppoſita, tunc ſtatim ipſo jure tolli debitum, non ex quo reus eam oppoſuit, vel judex eam admiſit, ſed ex quo tempore invicem aliquid cœpit deberi. Sic in ſimili caſu dicitur, quod teſtamentum, in quo filiusfam. præteritus eſt, ipſo jure nullum eſt. §. *aliud tamen. nov.* 115. attamen requiritur, ut petatur hoc declarari nullum. agendo vel excipiendo. *l. filio præterito.* 17. *ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt.*

ASSERTIO XLII.

Commodati actioni non poteſt opponi compenſatio.

PRobatur in *l. ult. C. commod.* ubi dicitur, prætextu debiti reſtitutionem commodati non probabiliter recuſari. Utputa ſi debeam tibi x. aureos, & commodaverim tibi librum meum, prætextu debiti non potes retinere codicem meum. Ratio eſt, quia compenſatio tantum locum habet in quantitatibus, quæ inter ſe mutuam functionem & permutationem recipiunt, non vero in ſpeciebus vel corporibus. *l. ſi convenerit.* 18. *ff. de pign. act. l. ſi non ſortem.* 26. §. *ſi centum.* 4. *ff. de cond. indeb.* Idque propter inæqualem & incertam corporum æſtimationem receptum eſt: in corporibus enim & ſpeciebus variat valor & æſtimatio. Ideoque ne creditor invitus aliud pro alio recipere cogatur, hic ceſſat compenſatio. *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.*

Objicitur primo *l. ult. C. de compenſ.* & §. *in bona fidei.* 30. *inſt. de act.* ubi dicitur, in omnibus actionibus compenſationi locum eſſe, excepta ſola depoſiti actione; ergo & in actione commodati. Reſp. Hoc verum eſt, ſi quantitas petatur, ſive res, quæ in ſuo genere recipit functionem. In corporibus vero ſeu ſpeciebus non admittitur compenſatio, quia incerta eſt harum rerum æſtimatio, & non recipiunt hæ res mutuam inter ſe functionem. Itaque quia in commodato ſpecies quæ petitur, præciſe reſtituenda eſt, non poteſt commodatarius per compenſationem rem commodatam retinere.

Secundo objicitur *l. in rebus.* 18. §. *ult. ff. commod.* ubi dicitur, quod commodatarius conventus actione commodati directa, jure compenſationis conſequi poteſt impenſas quas fecit in re commodata. Reſp. Hoc intelligendum eſt, quando commodator non

agit

agit ad ſpeciem commodatam reſtituendam, ſed ad æſtimationem: utputa ſi commodatarius rem commodatam deterioravit, vel res commodato data æſtimata eſt, & æſtimationem ſe præſtiturum recepit. *l. ſi ut certo loco.* 5. §. 2. verſ. *commodatum. ff. commod.* Tunc enim cum non de ſpecie, ſed æſtimatione agatur, & in pecuniam fiat condemnatio, recte opponitur compenſatio. *d. l. in rebus.* §. *ult. Pacius cent.* 4. *concil. queſt.* 45. Illud notandum quod *Cujac. in d. l. ult. C. commod.* text. emendat, & pro *commodati* putat eſſe legendum *commendati*, id eſt, depoſiti. Ita notat *Cujac. lib. obſ.* 9. *c.* 39. Sed *Contius ad d. l. ult.* in omnibus manuſcriptis conſtanter tradit legi *commodati*, & a correctione legum imprimis debemus abſtinere, quia JCti. interpretes debent eſſe legum, non novi conditoris juris. Dicendum itaque potius cum Accurſio, quod in *d. l. ult. C. de compenſ.* Vel potius quod in *d. l. ult C. de commod.* commodata erat ſpecies vel quantitas tanquam ſpecies, quo caſu de jure communi locum non habet compenſatio, per *d. l. ult. C. de compenſ. l. plane.* 34. §. 2. *l. ſed ſi certos.* 21. *ff. de leg.* 1.

Tertio opponitur *l. creditoris.* 15. §. 1. *dominus.* & *l. is qui rem.* 59. *ff. de furt.* ubi dicitur, quod commodatarius poſſit retinere rem commodatam ob impenſas, quas fecit in re commodata. Reſp. Poteſt quidem commodatarius pignoris loco ob impenſas retinere commodatum, ſed illa retentio longe differt a compenſatione; nam qui pignoris loco rem retinet, reddit, ubi debitor ſolvere paratus eſt. *l.* 6. §. 1. *ff. quib. mod. pign. ſolv.* Qui autem compenſat, creditorem ſuum eundemque petitorem ſubmovet, ut rem ſuam non poſſit actione conſequi. *l.* 2. *ff. de compenſ.* Pulchre. *Joan. Mercerus. lib.* 1. *opin. c.* 14. *Gilb. Regius lib.* 1. *ἐναντιοφανῶν*, *cap.* 8. *Borcholt. ad. tit. de oblig. & actio. c.* 2. *num.* 78. & 79. *Forner. lib.* 2. *ſelection. c.* 14. ubi probat, etiam in actione commodati, ſicut in actione depoſiti, locum non habere compenſationem. Vide præterea *Hotom. lib.* 1. *reſponſ. amicab. c.* 21. & *lib.* 12. *obſerv. c.* 20. *Nicolaum Genoam in conciliationibus legum in jure civili contrariarum, in conciliatione antinomiæ inter l. ult. C. commod.* & *l. ult. C. de compenſ.* Diſſentit *Donel. in* §. *in bonæ fidei. inſt. de act. Pacius cent.* 4. *enantioph.* 44. Vide *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. cap.* 6.

ASSERTIO XLIII.

Speciei ad ſpeciem, ſive ſpeciei ad quantitatem non admittitur compenſatio.

Corporis certi ad aliud certum corpus non admittitur compenſatio. Ratio eſt, ne creditor invitus aliud pro alio accipere cogatur. *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* Cum enim compenſatio vicem ſo-

ſolutionis obtineat, *l. ſi debitor.* 4. *ff. qui pot. in pign.* & in ſpeciebus ſeu corporibus variet æſtimatio, cadatque in eis affectio, cum fundus meus mihi forte longe carior ſit, quam tibi tuus, non poteſt creditori, cui certus fundus debetur, objici compenſatio, quod invicem fundum alteri debeat, cum una ſpecies propter inæqualitatem valoris & æſtimationis non fungatur vice alterius Quinimo nec ſi ex altera parte debeatur ſpecies, & ex altera quantitas, de quantitate ad ſpeciem admittitur compenſatio, per *l. ſi convenerit.* 18. *ff. de pign. act.* text. elegans in *l. quod dicitur.* 18. *ff. de impenſ. in res dot. fact.* ubi dicitur, abſurdum eſſe diminutionem corporis propter pecuniam fieri.

Objicitur *l. fructus.* 7. §. *ob donationes.* 5. *ff. ſol. matr.* ubi maritus poteſt fructus dotis cum corporibus a viro uxori donatis, & rebus per eam amotis compenſare. Reſp. Compenſationis verbum generale eſt, ut aliquando retentionem quoque contineat. Sic quæ dicitur compenſatio in *l. in rebus.* 18. §. *ult. ff. commod.* appellatur retentio in *l. creditoris.* 15. §. 1. *l. ſi is qui.* 59. *ff. de furt.* Item in *l.* 1. *C. rer. amot.* ob res amotas compenſatio fit, ſicut in *d.* §. *ob donationes.* quæ tamen vocatur retentio in *l. unic.* §. *taceat.* 5. *C. de rei ux. act.* Cæterum compenſatio longe differt a retentione, quia compenſatio extinguit obligationem ipſo jure, & uſque ad concurrentes quantitates ſolutionem continet. Retentio vero pignoris loco eſt, ut tamdiu res apud creditorem maneat, donec illi ſatisfiat. *d. l. quod dicitur.* & *l. in his.* 66. §. 1. *ff. ſol. matr.* ubi reſpondetur, tum demum in actione de dote veram compenſationem fieri, ſi quantitas utrinque debeatur. Ergo compenſationis nomine retentio intelligitur in *d.* §. *ob donationes.* ut licet corporis ad quantitatem non fiat compenſatio, retentio tamen fieri poſſit. Utputa ſi mihi centum debeas, ego tibi fundum dare obligatus ſim; ſi fundum petas, poſſum eum pignoris loco retinere, donec mihi ſolvas centum. *l. ſi non ſortem.* 26. §. *ſi centum.* 4. *ff. de cond. indeb. l. Julianus.* 13. §. *offerri.* 8. *ff. de act. empt.* Sicuti is qui captum ab hoſtibus redemit, jure pignoris eum retinere poteſt, donec pretium redemtionis ſolvat. *l. Senatus.* §. *fin. ff. de leg.* 1. *l.* 2. *C. de capt. & poſtl. reverſ. Pet. Bellojus in tractat. de compenſ.* Vel brevius hoc modo reſpondendum; quod in *d.* §. *ob donationes.* dicitur, compenſari fructus rerum dotalium a marito perceptos, cum rebus a muliere ipſi marito debitis, vel ab ipſa amotis, hoc intelligendum eſt in eo caſu, cum maritus non debet fructus, ſed eorum æſtimationem, proinde pecuniam.

Secundo objicitur *l. ult. C. de compenſ.* ubi dicitur, compenſationem admitti etiam in actionibus in rem. atqui certiſſimum eſt corpora & ſpecies certas vindicari. Reſp. Tum demum locus eſt compenſationi in corporibus, cum corpora ſunt ad æſtimationem redacta, hoc eſt, cum propter moram debitoris, ſpeciebus extinctis,

ctis, vel deterioratis, præſtatur æſtimatio, ita ut æſtimationis concurrentes quantitates compenſentur. *gl. in d. l. ult.*

Tertio adverſatur *d. l. ult. §. ult. C. de compenſ.* ubi compenſatio non opponitur ab eo, qui alienam poſſeſſionem perperam occupavit. Atqui poſſeſſio ſignificat prædium. *l. 78. ff. de V. S.* Ergo cum prohibetur prædium eo ſpeciali caſu, quo eſt perperam occupatum, compenſari, ſequitur in aliis caſibus venire in compenſationem. Reſp. Ibi ait Imp. prædonem prædium temere occupantem, conventumque interdicto *unde vi* ad reſtitutionem prædii, non compenſare. Atqui conſtat violentum occupatorem non tantum teneri ad reſtitutionem prædii, ſed etiam ad præſtationes perſonales, ſive prædium deterioraverit, ſive res in prædio conſtitutas per violentam occupationem perdiderit. Statuit ergo Juſtinian. eum qui temere alienam poſſeſſionem invaſit, non habere compenſationem in eo quod alias in compenſationem cadit, puta in præſtationibus perſonalibus, hoc eſt, in fructibus ablatis, & aliis mobilibus in prædio exiſtentibus, per vim corruptis & præditis.

Quarto objicitur, quod in actione depoſiti ceſſat compenſatio. *l. ult. C. de compenſ.* Atqui ſpecies & corpora plerunque deponuntur. Ergo &c. Reſp. Non tantum ſpecies & corpora, ſed etiam pecuniæ deponuntur, ut non reſtitui debeat idem corpus, ſed eadem quantitas. *l. Lucius. 24. ff. depoſ.* Hoc igitur caſu res depoſita eſt compenſabilis; proinde ſpeciale eſt in actione depoſiti non habere locum compenſationem. Cujus ſpecialis juris ratio eſt exuberantia bonæ fidei, quæ in depoſito requiritur, quia ilico & ſine mora reddendum eſt depoſitum, non admiſſa ulla compenſatione, retentione, vel deductione. *l. penult. C. depoſ.*

Poſtremo opponitur *l. ſi debeas. 22. ff. de compenſ.* ubi dicitur, ſi debeas decem, aut hominem, admitti compenſationem facta electione. Reſp. Homo eſt genus, non ſpecies; generum autem admittitur compenſatio, cum idem genus hinc inde debetur. Aliter reſpondet *Mercerus lib. 1. opin. jur. c. 14.*

ASSERTIO XLIV.

Etiam litigioſum debitum venit in compenſationem.

ADmittitur etiam compenſatio debiti, ſuper quo lis conteſtata eſt, utputa ſi quis debitum in judicium deduxit per modum agendi, etiam lite pendente poteſt in alio judicio idem debitum deducere per modum excipiendi ad compenſandum. text. eſt expreſſus in *l. in compenſationem. 8. ff. de compenſ.* Ratio decidendi depromitur ex. *l. non ſolet. 86.* & *l. ſeq. ff. de R. J.* ubi pro regula traditur, quod non debet deterior conditio eorum eſſe, qui litem conteſtati ſunt, quam qui non ſunt, ſed plerumque melior. Nemo enim di-

diligenter cauſam ſuam in judicio perſequendo, conditionem ſuam facit deteriorem.

Sed opponitur *l. ubi cœptum. 30. ff. de judic.* ubi dicitur, ſi quis id quod in uno judicio deduxit, opponat in alio, poteſt per exceptionem litis pendentiæ repelli. Reſp. Hoc eſt verum, ſi actor quod uno judicio petiit, vellet deducere in aliud judicium per modum agendi, & ſic ad eundum finem ſcilicet ad impugnandum, hoc facere non poteſt. At vero poteſt illud, quod per modum agendi propoſitum eſt, in modum defenſionis & exceptionis allegari.

Secundo opponitur *l. ult. C. de compenſ.* ubi dicitur, de debito non liquido non recte poſſe opponi compenſationem. Atqui illiquidum videtur eſſe debitum, de quo adhuc ſub judice lis eſt. Reſp. Licet lis ſit conteſtata, tamen intelligitur, quod debitum erat liquidum, vel intra breve tempus liquidandum: alioqui non poſſet opponi compenſatio.

ASSERTIO XLV.

Quæ naturaliter tantum debentur, veniunt in compenſationem.

HIc eſt effectus naturalis debiti, ut licet non poſſit peti, tamen ſi quis conventus ſit ſuper aliquo debito, cui viciſſim actor aliquid debeat, ſaltem naturaliter, hoc debitum reus cum debito a ſe petito compenſare poſſit. *l. etiam. 6. ff. de compenſ.*

Sed objicitur *l. 2. C. de compenſ.* ubi dicitur, quod ſi quis indebite quid ſolvit ex cauſa judicati, cum ſcilicet eſſet injuſte condemnatus. quo caſu is qui indebitum accepit, obligatur naturaliter, quia cum inique condemnatus ſolverit natura indebitum, is cui ſolutum eſt, natura debitor manet: & tamen ſi hic qui injuſte condemnatus ſolvit, conveniatur ex alia cauſa, non poteſt deducere in compenſationem, quod ex injuſta ſententia ſolvit, & ſic quod ſibi naturaliter debetur, non compenſat. Reſp. Quod dicitur, naturalia debita venire in compenſationem, cum tali reſtrictione accipiendum eſt, niſi iſta debita poſſint aliqua exceptione elidi vel perimi, qualis eſt exceptio rei judicatæ, præſcriptionis, vel ſimilis. *l. quæcunque. 14. ff. de compenſ.* Sic cum quis injuſte condemnatus ſolvit, licet is cui ſolutum eſt, videatur hoc natura debere, eo quod quæ indebita ſunt naturaliter ex parte ſolventis, fiant ex parte accipientis natura debita; tamen ideo non compenſatur hoc debitum, quia obſtat ſolventi exceptio rei judicatæ. *Caſtren. ad d. l. etiam.* & *d. l. 2.*

Secundo adverſatur *l. creditores. 10. ff. de V. S.* ubi dicitur, creditores non eſſe eos, quibus natura debetur; unde nec debitores ſunt, qui natura tantum debent, ex natura correlativorum, & per conſequens naturalia debita non compenſantur. Reſp. Debitores non

ſunt

ſunt qui natura debent, nec creditores quibus natura debetur, quod ad poteſtatem & exigendi facultatem attinet. Naturalia enim debita propter defectum civilis actionis peti non poſſunt. Alias etiam naturalia debita dicuntur abuſive & minus proprie debita, habentque certos in jure effectus, ut ſcilicet novari & compenſari poſſint: item ut pro naturali debito pignus & fidejuſſor recte intercedat, & efficaciter obligetur. *l. fidejuſſor.* 16. §. *fidejuſſor.* 3. *ff. de fidejuſ. & mandator. l.* 1. *ff. de novat. l. naturaliter.* 13. *ff. de cond. indeb.*

Tertio opponitur hoc argumentum: Naturalia debita non recte ſolvuntur. *l. qui exceptionem.* 40. *l. interdum.* 29. *ff. de cond. indeb.* Ergo nec compenſantur, quia compenſatio loco ſolutionis cedit. *l.* 4. *C. de compenſ.* Reſp. *d. l. qui exceptionem.* loquitur de naturali debito, quod per exceptionem perimitur, ut ſi mulier pro alio interceſſit, & ſolvit, ſolutum repetere poteſt, propter exceptionem Vellejani, qua naturalis & civilis obligatio, qua mulier tenebatur, perimitur. In *d. l. interdum.* agitur de pupillo, qui non eſt factus locupletior. Hic non obligatur naturaliter, & propterea etiam non recte ſolvit; & ſi ſolvat, ſolutum repetere poteſt.

ASSERTIO XLVI.

Tam morte mandantis, quam mandatarii ſolvitur mandatum, ſi adhuc res ſit integra.

HÆc aſſertio expreſſe ponitur in *l. inter cauſas.* 26. *in princ. l. ſi quis alicui.* 27. §. *morte.* 3. *ff. mandat.* §. *item ſi adhuc.* 10. *inſt. eod.* Ratio eſt, quia voluntas hominis morte finitur, & homo mortuus velle deſinit. *l.* 4. *ff. locat.* Si tamen mandatarius ignorans mortem mandatoris, implevit mandatum, utilitatis cauſa competit ei actio mandati, ne juſta & probabilis ignorantia illi damnum adferat. *d. l. inter. in princ.*

Objicitur *l. ſi vero.* 12. §. *fin.* cum *l. ſeq. ff. mandat.* ubi cum mandatum eſſet alicui, ut poſt mortem mandantis extrueret ei monumentum, vel fundum emeret poſt ejus mortem, hoc mandatum non finitur morte mandantis. Reſp. Hæc aſſertio locum habet, quando mandatum & ejus effectus conferuntur ad vitam mandantis: ſin autem utrunque poſt mortem confertur, mandatum morte non finitur.

Verum graviter cum hac ſolutione pugnat *l. ult. in fin. ff. de ſolut.* ubi traditur, quod ſi creditor mandavit debitori ſuo, ut poſt mortem creditoris Titio ſolveret, & is poſt mortem mandantis Titio ſolvat, non liberatur. Reſp. Ille text. accipiendus eſt, quod debitor cui mandatum erat, ut ſolveret Titio poſt mortem mandantis, non poſſit ei ſolvere poſt ejus mortem, invito ſcilicet manda-

datore, quia finita eſt voluntas. Sicut enim ſimplicia mandata ſola morte mandatoris finiuntur, ita & mandata poſt mortem collata finiuntur contraria voluntate mandantis. Ita Bart. notat *d. l. ult.* eſſe intelligendam. Idque evidenter confirmat antitheſis, quæ inter duos caſus proponitur in *d. l. ult.* Nam primo ponitur de eo, qui juſſu creditoris ſtipulatus eſt ſibi ſolvi: huic recte poſt mortem creditoris etiam invito eo ſolvitur, quia ea lex fuit obligationis, & ex forma contractus jus quæſitum eſt procuratori, eo quod ſibi fuit ſtipulatus. Deinde ſubjungitur adverſative alter caſus, quando ſimplex intervenit mandatum de ſolvendo alteri poſt mortem: hic non poſt invito mandatore mortuo ſolvere mandatarius, ei cui juſſus erat, quia finita eſt voluntas domini contraria ejus voluntate.

Secundo adverſatur *l. ſi quis mancipiis.* 17. §. *ſi impubes.* 2. *ff. de inſtitor. act.* ubi traditur, quod per mortem domini, qui inſtitorem præpoſuit ſuæ negotiationi, non revocatur mandatum inſtitoris. Reſp. Diſtinguendum eſſe inter procuratorem, & inſtitorem. Mandatum procuratoris ſola domini morte finitur. *l. mandatum. C. mandat.* Mandatum vero inſtitoris non extinguitur morte domini, qui eum præpoſuit mercaturis faciendis, ſed durat, quamdiu non revocatur inſtitor ab heredibus. *l. ſed ſi.* 11. *ff. de inſtitor. act.* Speciale igitur hoc eſt in inſtitore, ut morte domini mandatum ejus non finiatur. Cujus ſpecialis juris ratio conſiſtit in utilitate commerciorum, quæ ad ſummam reipub. pertinet, & privatis magna adfert commoda. Unde ne heredibus auferantur ingentia commoda, quæ ex actibus inſtitorum ad dominos redeunt, non ſolvitur officium ſeu mandatum inſtitoris, morte domini. *Cujac. in tractat.* 8. *ad African. ad l. ejus. ff. de reb. cred.*

Tertio adverſatur *l. cum pater.* 77. §. *Mævio.* 6. *ff. de leg.* 2. ubi decidítur, quod mandatum donationis cauſa mortis, non finitur morte mandantis, ſi mandatarius ignorans mortem mandantis executus eſt mandatum. Reſp. Quando mandatum fit in vita mandantis, ſed effectus ejus poſt mortem protrahitur, tunc morte mandantis non revocatur, ſi mortem ignoravit mandatarius. *Bart. ad d.* §. *Mævio.*

Quarto repugnat *l.* 1. *C. de obl. & act.* ubi dicitur, ſi mandans defunctus ſit, nec reliquit heredem, utilis actio datur mandatario; directa vero datur, ſi heredem reliquit. Reſp. Quod dicitur, morte mandantis, re adhuc integra, ſolvi mandatum, non habet locum in mandato actionum venditarum, donatarum, aut in ſolutum datarum, niſi mandans deceſſiſſet ſine heredibus, quo caſu datur utilis actio mandati.

Aſſertio XLVII.

Ex ratihabitione naſcitur actio mandati.

EX ratihabitione mandati actio generatur, illeque qui ratum habet, mandati actione obſtringitur. *l. ſemper.60. ff. de R. J.* Sed objicitur, quod deciſum eſt a JCtis, ſi quis aliena gerat negotia, ut ſi quis Titii debitores extra judicium admoneat, iique geſtori ſolvant, & Titius hoc deinde ratum habeat, negotia Titii geſta eſſe dicuntur, ideoque Titio competit poſt ratihabitionem negotiorum geſtorum actio. *l. ſi pupilli. 6. §. item quæritur. 9.* & *l. Pomponius. 9. ff. de neg. geſt.* Similiter ei qui pro abſente debitore fidejuſſit, ratum debitore habente, datur fidejuſſori contra eum negotiorum geſtorum actio. *l. ex mandato. 20. ff. mandat.* Diſtinguendum ex communi ſententia DD. Aut quis geſſit negotia abſentis domini nullo mandato præcedente, & tunc non mandati, ſed negotiorum geſtorum actio competit: Aut negotium geſtum eſt præſente domino, & tunc ſi id ei utile eſt, ex ſola præſentia datur mandati actio. *l. qui patitur.* 11. & *l. qui fide. 53. ff. mandati. Peck. ad c. ratihabitionem. de R. J. in 6.*

Aliter etiam poteſt reſponderi hoc modo, quod ſi quis pro abſente fidejuſſit, vel negotia ejus geſſit, eo abſente, & ſine ejus mandato expreſſo vel tacito, & ſine ratificatione, tunc competit actio negotiorum geſtorum. *d. l. ex mandato.* At vero ſi quis pro abſente fidejuſſit, vel negotia ejus geſſit, qui deinde ubi reſcivit, ratum habuit, is merito tenetur actione mandati, cujus inſtar habetur ratihabitio. *l. licet. ff. de judic. l. ult. ad SC. Maced.*

Sed contra hanc ſolutionem inſtatur ex *l. Pomponius. 9. ff. de neg. geſt.* ubi dicitur, poſt ratihabitionem competere negotiorum geſtorum actionem. Reſp. Ibi JC. loquitur de negotio geſto, quod utcunque ſit ratificatum, mandati tamen actio non ſufficeret. Quo caſu neceſſitas juris exigit negotiorum geſtorum actionem dari.

Aſſertio XLVIII.

Ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur.

HÆc aſſertio inter regulas juris relata eſt in *l. ſemper. 60.* & *l. hoc jure. 152. §. in maleficio. 2. ff. de R. J.* & expreſſe iiſdem verbis ponitur in *c. ratihabitionem. de R. J. in 6.* Unde qui negotium geſtum ex poſt facto ratificat & approbat, ad tempus actus ſeu negotii geſti hæc ratihabitio retrotrahitur, & perinde obligatur ratum habens, atque ſi tempore negotii geſti vel feciſſet illud, vel fieri mandaſſet. Ob-

Objicitur primo, quod Ulpian. reſpondit in *l. quid ergo.* 13. *in princ. ff. de his qui not. infam.* Quod ſi pater mandavit filio, ut ducat viduam intra annum luctus, quod notetur infamia; ſed ſi ratas habeat ejuſmodi nuptias, pater non fit infamis. Reſp. Ideo ibi ratihabitio non comparatur mandato, quia noſtro nomine negotium non eſt geſtum: quod autem noſtro nomine non geritur, ratum a nobis haberi non poteſt. *c. ratum. de R. J. in.* 6. Nuptiæ vero illæ, de quibus dictum eſt, nomine patris non ſunt contractæ, ſed filii. *Peck. in d. c. ratihabitonem.*

Secundo adverſatur, quod Africanus reſpondit in *l. bonorum poſſeſſionem.* 24. *ff. rem rat. hab.* quod bonorum poſſeſſio a procuratore agnita, & a domino ratihabitione confirmata, viribus caret. Reſp. Ea ratihabitio propterea non valet, quia interpoſita eſt poſt tempus petendæ bonorum poſſeſſionis elapſum. Ut enim ratihabitio confirmet negotium antecedens, debet interponi intra illud tempus, quo actus expediri potuit.

Tertio obſtat, quod Cajus ait, ratihabitionem tutoris, de iis quæ per pupillum geſta ſunt, mandato non comparari. *l. obligari.* 9. §. 5. *ff. de auct. tutor.* ſicut & alibi dicitur, quod mandare poſſit pater filio ut adeat hereditatem, ſed ratum habere non poteſt. *l. ſi quis mihi.* 25. §. *juſſum. ff. de acq. her.* Reſp. In illis negotiis mandatum & auctoritas pro forma actus a lege requiritur, quo caſu ratihabitio non exæquatur mandato. §. *tutor.* 2. *inſt. de auct. tut.*

Quarto & ultimo obſtat, quod apud Julianum reſponſum eſt in *l. ſi pupilli.* 6. §. *ſed ſi ego.* 6. *ff. de neg. geſt.* ſi ſervum non neceſſarium emero filio tuo, & tu ratum habueris, nihil agi ratihabitione. Reſp. Ideo ex ea ratihabitione non datur actio contra ratum habentem, quia ejus contemplatione nihil geſtum eſt. Ratum enim quis habere non poteſt, quod ſuo nomine non eſt geſtum. *l. ſi ſervus.* 13. *ff. de precar.* Aliter Cujac. reſpondet, qui vult, illum text. ita intelligendum, non quod omnino nihil agatur, ſed quod ratihabitione pater non obligetur in ſolidum, ſed tantum quatenus ex negotio geſto factus eſt locupletior. *Cujac. ad. l. ſi eum ſervum. ff. de reb. cred. in tract. ad African.*

ASSERTIO XLIX.

Societas ſolvitur morte, hereſque ſocii in ſocietate non ſuccedit.

Textus ſunt in §. *ſolvitur.* 5. *inſt. de ſociet. l. actione.* 65. §. *morte.* 9. *ff pro ſocio.* Ratio eſt, quia in ſocietate certa eligitur perſona, certique hominis fides & induſtria in eligendo ſocio ſpectatur. *d.* §. *ſolvitur.* Sæpe autem accidit, ut heres non tam ſit idoneus ſocietati, atque defunctus ſocius. Adeo autem morte ſolvitur ſocie-

tas, ut nec paciſci ab initio poſſimus, ut heres in ſocietatem ſuccedat. *l. nemo poteſt.* 35. *l. adeo.* 59. *ff. eod.*

Cui obſtare videtur *l. verum.* 63. §. *in heredem.* 8. *ff. eod.* & *d.* §. *morte.* quæ aperte oſtendunt, pacto ſocietatem ad heredes poſſe extendi. Reſp. Aut agitur de ſocietate privata, quæ inter duos pluresve negotiatiores lucri cauſa contrahitur; & in hac ſocietate non valet pactum, ut ſocietas ad heredes extendatur. *d. l. adeo.* Aut de publica ſocietate vectigalium exercendorum agitur; & hæc ſocietas pacto recte ad heredes porrigitur. *d.* §. *in heredem.* Valet autem in hac ſocietate hoc pactum, tum propter negotii magnitudinem, varioſque tractatus, tum ne diſſoluta ſocietate publica locatio damnum faciat.

Secundo objicitur *d. l. actione.* 65. §. 1. & §. *item ſi alicujus.* 10. ubi etiam tranſit ſocietas ad heredes ſocii. Facti ſpecies talis proponitur. Contractus eſt ſocietas inter duos emendorum equorum, & dum unus peregre proficiſcitur ad emendos equos, alter qui domi manſit, priuſquam equi emerentur, mortuus eſt: hoc caſu ſocietas finita non cenſetur, ſed lucrum poſt ſocii mortem ex negotiatione equorum perceptum cum herede ejus communicabitur. Reſp. Societas quidem morte ſocii finitur, ſed tamen actio pro ſocio non finitur. Unde tenetur ſocius quæſita poſt mortem ſocii communicare, ſi modo, rebus adhuc integris manentibus, ignoravit eum eſſe mortuum, ſecus ſi ſcivit. *d.* §. *item ſi alicujus.* & *d.* §. *in heredem.* Similiter quoad negotia quæ incepta ſunt geri, manet ſocietas inter ſuperſtitem ſocium, & heredem ſocii, ut ſcilicet lucrum & damnum, quod dependet ex antegeſto, cum herede in commune conferatur. *l. heres.* 40. *ff. eod. d.* §. *morte.*

Tertio objicitur, quod dicitur in perpetuum coiri ſocietatem poſſe. *l.* 1. *ff. pro. ſoc.* Reſp. *Perpetuum*, non æternitatem ſignificat, cum nulla ſocietatis in æternum ſit coitio. *l. nulla.* 70. *ff. pro ſoc.* ſed dum vivunt ſocii, ut JC. interpretatur in *d. l.* 1.

ASSERTIO L.

Arbitrio collato in aliquem tertium, viri boni arbitrium electum cenſetur.

IN hac controverſa quæſtione, qua tractatur, quando tertii arbitrio aliquid committitur, an tunc ejus arbitrio ſtandum ſit, an vero recurratur ad arbitrium boni viri, hæc probabilior eſt ſententia, quod viri boni arbitrium ſit comprehenſum, etſi nominatim certa perſona ſit deſignata, cujus arbitrio fiat. Quæ ſententia non ſolum in contractibus, ſed etiam in ultimis voluntatibus procedit. De contractibus textus ſunt expreſſi in *l. ſocietatem.* 76. cum *ll. ſeqq. ff. pro ſoc.* Idem in legatis obtinet: nam ſi alicui ex pluribus

bus rebus optio ſit legata, arbitrio Titii, ſi Titius non arbitretur, legatario competit electio, ſecundum viri boni arbitrium. *l. ult.* §. *ſed etſi quis.* 1. *com. de leg.* Et generaliter traditur in *l.* 1. *ff. de leg.* 2. *in teſtamentis legatum in alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi.*

Objicitur *l.* 6. *ff. de cond. & dem.* ubi teſtator juſſit ſibi monumentum fieri ab herede, arbitrio Titii, adjecta pœna, niſi heres faciat: & deciditur, Titio non arbitrante, pœnam non committi ab herede. Itaque hoc caſu quoad pœnæ commiſſionem, a perſona Titii non receditur, neque recurritur ad viri boni arbitrium. Reſp. Quando heres juſſus eſt facere monumentum arbitrio Titii, ſub certa pœna, tenetur heres nihilominus facere monumentum ſecundum dignitatem & facultates teſtatoris: ſed tamen mulcta non committitur, ſi Titius arbitrari nolit, aut non poſſit. *l. in teſtamento.* 27. *ff. de cond. & dem.* Idque ſpeciali ratione receptum eſt, quod ſtricte accipiantur pœnæ in teſtamentis, unde & legata pœnæ cauſa relicta jure veteri non ſubſiſtebant.

Secundo objicitur *l. ſi coita.* 75. *ff. pro. ſoc.* ubi dicitur, ſi ſocietas contracta ſit ex partibus, quas Titius arbitratus fuerit, ſi Titius non arbitretur, quod ſocietas nihil valet. Similiter in *l. ſi merces.* 25. *ff. locat.* & *l. ult. C. de contr. empt.* ſtatuitur, ſi venditio vel locatio ſit contracta, quanti Titius arbitratus fuerit, Titio non arbitrante, nihil actum cenſeri. Reſp. ſub diſtinctione: Aut tertius, in cujus arbitrium contractus collatus eſt, nihil eſt arbitratus; & tunc quaſi defecta conditione nihil actum cenſetur. Aut aliquid arbitratus eſt, ſed iniquius; & hoc caſu valet quidem contractus, ſed judex iniquitatem arbitrii in melius reformabit, & ad æquitatem redigit. *l. unde ſi Nerva.* 79. *ff. pro. ſoc.* Ratio diverſitatis eſt, quia quando arbiter aliquid eſt arbitratus, ſed iniquius, jam conditio ſub qua ſtabat contractus, purificata eſt; & ex contractu nata eſt obligatio & actio, cui poteſt judicis officium deſervire, reducendo ad arbitrium boni viri. Sed quando nihil omnino arbitratus eſt, nulla nata eſt obligatio vel actio, cui viri boni vel judicis arbitrium poſſit accedere in corrigenda iniquitate. Porro hæc iniquitas corrigitur non ſolum in bonæ fidei, ſed etiam in ſtrictis judiciis, propter veriſimilem contrahentium voluntatem, cujus in omni judicio habetur ratio. *l. ſi libertus ita juraverit.* 30. *ff. de op. libert.* Idem probat *l. in propoſita.* 78. *ff pro ſoc.* in verb. *eo magis, quod judicium pro ſocio bonæ fidei eſt.* quaſi dicat, idem ſtatuendum eſſe, ſi eſſet ſtricti juris. Ita not. *Bart. in d. l. ſocietatem.* 76. §. *arbitrorum.*

Tertio objicitur *l. ult. C. de contr. empt.* ubi diciditur, ſi venditio collata eſt in arbitrium Titii, & ille pretium definierit, omnimodo ſecundum ejus æſtimationem pretium perſolvi, & venditionem ad effectum pervenire. Itaque ſive Titius æquum, ſive in-

iquum ſtatuerit pretium, ſtandum eſt ejus arbitrio, neque recurri poterit ad arbitrium boni viri. Reſp. Ejus legis hæc eſt ſententia, quod ſi Titius, cujus arbitrium in venditione comprehenſum eſt, pretium rei venalis, ſive minoris æſtimaverit, ſive pluris, quam alii vulgo facerent, ejus æſtimationi omnino ſtandum eſt. Si tamen rem majoris pretii æſtimet longe minoris, videlicet infra dimidium juſti pretii, hujuſmodi iniqua emtio reſcindetur, ſicut ſi venditor rem ita nullo arbitrante vendidiſſet, venditio reſcinderetur, per *l.* 2. *C. de reſc. vend.* Neque *d. l. ult.* adverſatur, quia conſtitutiones generales juris communis, ſpeciales exceptiones alibi traditas non excludunt, juxta regulam juris, quod *in toto jure generi per ſpeciem derogatur. l. in toto jure.* 80. *ff. de R. J. Donell. ad ſi arbitratu.* 43. *ff. de V. O. num.* 19.

ASSERTIO LI.

Socius ſocio tenetur tantum in id, quod facere poteſt.

Si quis cum ſocio agat judicio ſocietatis, non plus conſequitur, quam adverſarius ejus facere poteſt. Non enim totum quod habet, ab eo extorquendum eſt, ſed & ipſius ratio habenda eſt, ne egeat, hoc eſt, eatenus exigendum eſt ab eo debitum ex ſocietate, ut alimenta deducere poſſit. §. *ult. inſt. de act. l. ſunt qui.* 16. *ff. de re jud. l. in condemnatione.* 173. *ff. de R. J.*

Sed an hoc etiam beneficium detur unius certæ rei, vel particularis negotiationis ſocio, non ſatis inter ipſos JCtos convenit. Nam in *d. l. ſunt qui.* ſtatuit Ulpianus, omnium bonorum ſociis hoc privilegium competere. Contra *Ulpianus in l. verum.* 63. *ff. pro ſoc.* etiam unius rei ſocium hoc beneficio gaudere affirmat, ut in id tantum quod facere poſſit, condemnetur, addita eleganti ratione, quia ſocietas jus quodammodo fraternitatis in ſe habet. Hæc loca ita concilianda ſunt, quaſi ſuppleat Ulpianus in *d. l. verum.* quod in *d. l.* 16. omiſſum eſt, ac uterque locus conjungendus eſt, perinde ac ſi ita ſcripſiſſet Ulpianus, Socium omnium bonorum accipere debemus. Sed & ſi unius rei ſocii ſint, verum eſt eos conveniri, quatenus facere poſſunt. *Duaren ad d. l.* 16. Idque evidenter probat ratio ab Ulpiano in *d. l. verum.* ſubjecta: ubi dicitur, id ſummam rationem habere, quia ſocietas jus quodammodo fraternitatis in ſe habet. Quæ ratio cum tam in ſocio particularis negotiationis, quam univerſorum bonorum locum habeat, merito hoc privilegium utriſque ſociis tribuendum eſt. Ubi enim eadem ratio militat, ibi idem jus ſervari debet. *l. illud.* 32. *ff. ad l. Aquil.* Et hanc ſententiam tanquam veriſſimam laudat & ſequitur *Nicolaus Genoa* Profeſſor Patavinus *in conciliationibus legum contrariarum: in conciliatione l. verum eſt. ff. pro ſoc.* & *l. ſunt qui.* 16. *ff. de re. jud.*

ASSER-

ASSERTIO LII.

In pretio emtionis naturaliter licet contrahentibus ſe circumvenire.

EA eſt commerciorum ratio, & emtionis qualitas & conditio, ut quod pluris eſt, minoris emere; quod minoris eſt, pluris vendere permiſſum ſit. Naturaliter enim, id eſt, ex jure gentium, & natura contractus, poſſunt contrahentes ſe in pretio emtionis circumvenire. *l. in cauſa.* 16. §. *ult. ff. de minor. l. item ſi.* 22. §. *ult. ff. locat. l. ſi voluntate.* 8. *C. de reſc. vend.* Quæ circumſcriptio hoc modo intelligenda eſt, quod pro communi negotiatorum more, & ex emendi vendendique licitatione ſit receptum, ut emtor quam minimo emat, venditor quam plurimo vendat. Hic enim omnium animus eſt vili emere, care vendere, ut Mimus dicebat; quilibet namque lucri ſui cauſa hunc contractum ſuſcipit. Et hoc eſt quod dicitur, *naturaliter licere ſe in pretio circumvenire*, nam naturalis ratio in hoc contractu quæſtum, id eſt, inæqualitatem approbat: ſi tamen ſit tolerabilis. *d. l. ſi voluntate.* Porro ita demum admittitur hæc læſio ſeu circumſcriptio pretii, ſi dolus abſit. Si enim probari poſſit, quod deceptio pretii ex dolo contrahentium proficiſcatur, reſcindetur venditio. *l. ſi quis affirmaverit.* 9. *l. & eleganter.* 7. *ff. de dolo. l. & ideo.* 23. *ff. locat.* Male ergo & imperite vulgo ex hoc loco colligitur, quod leges dolum & deceptionem permittant in contractibus, cum nihil magis quam fallere & decipere alium a viro bono ſit alienum. Deceptio namque & circumventio hic non pro fraudulento venditoris conſilio, quod fit ex propoſito, intelligi debet: ſed pro læſione, quæ re ipſa fit, & incuria contrahentium. Nam ſi interveniat evidens venditoris vel emtoris dolus, redditur contractus venditionis, tanquam bonæ fidei, ipſo jure nullus. *l. ſi dolo.* 5. *C. de reſc. vend. Old. cl.* 4. *act.* 1. Eleganter *Cujac. ad nov.* 97. *in fine.* Itaque hæc eſt ſententia *l. in cauſa cognitione.* 13. §. *ult. ff. de minor.* quod JCti ex tacita contrahentium indulgentia permittere videntur ob naturam contractus, modicam læſionem: cum alioqui commercia impedirentur, ſi ſemper exacta illa & mathematica pretii æqualitas foret anxie & ſcrupuloſe obſervanda. Honeſtius ſiquidem & utilius eſt, modicum defectum vel exceſſum mutuo condonare, quam in ſumma & præciſa æqualitate immorari, & ſe torquere. Itaque propter commerciorum utilitatem, modica a ſumma pretii æqualitate defectio permittitur; quæ ob id naturaliter licere permittitur, quod contrahentes naturali conſenſu id ſibi mutuo condonare videntur, & quia de natura contractuum ea eſſe videntur, ſine quibus commode non poſſunt in communi & promiſcuo uſu haberi. Ita eleganter tradit *Covarruv. lib.* 2. *var. reſol. cap.* 3.

Digitized by Google

Assertio LIII.

Diſſenſus ſeu error in materia vitiat emtionem, pignus & ſtipulationem non item.

Si in emtione contrahentes erraverint in materia, licet in corpore conſenſerint, emtio ipſo jure nulla eſt: ut ſi æs pro auro, ſtannum pro argento væneat. *l. in venditionibus. 9. ff. de contr. empt.* & condictione indebiti vel ſine cauſa, pretium quod ſolvit emtor, repetere poteſt. *l. ſuæ rei. 16. l. domum emi. 57. l. cum ab eo. 41. §. ult. ff. de contr. empt.* Diverſum obtinet in ſtipulatione vel pignore, qui contractus non vitiantur, licet error in ſubſtantia vel materia interveniat. *l. ſi id quod. 22. ff. de verb. obl. l. 1. ff. de pign. act.* Ratio diverſitatis eſt, quod nihil ſupereſſet in obligatione, ſi diceremus pignus vel ſtipulationem nullam eſt, ubi æs pro auro promiſſum vel oppignoratum eſſet. Itaque creditoris & ſtipulatoris intereſt, ſaltem illud corpus, quale quale ſit, deberi, & ſic æs ſaltem in obligatione venire: attenta inſuper hac ratione, quod nihil ex horum parte interdum in his contractibus interveniat. Alia ratio eſt in emtione, quia cum emtor viciſſim obligetur ad pretium dandum, ideo ejus potius intereſt, ne ullo modo in ære conſiſtat obligatio, quod pro auro venditum eſt, quam ſi æs data ingenti pecunia comparet pro auro. Poteſt etiam alia reddi ratio diverſitatis, cur error in materia vitiet ſtipulationem & pignus, non vero emtionem, quia in emtione requiritur, ut proportio aliqua ſit inter pretium, & rem venditam. Jam vero nulla foret proportio, ſi verbi cauſa, pro auro æs venditum eſſet. quæ enim proportio eſſe poteſt inter æs & pretium auri.

Sed in hoc enunciato duo contraria JCtorum reſponſa occurrunt. Nam in *l. quod tamen. 14. ff. de contr. empt.* Ulpianus reſpondet, ſi inauratum vel inargentatum aliquid væneat pro aureo ſive argenteo, valere venditionem, ideo quod non erretur omnino in materia: eſt enim in eo auri vel argenti aliquid. Contra in *l. 41. §. ult. ff. eod.* affirmatur, non valere venditionem, ſi menſa argento cooperta væneat pro argentea. *Accurſ. in d. §. ult.* ait actum fuiſſe, ut ſolida menſa eſſet ex argento: ait enim lex *pro ſolida*. Quæ ſolutio non placet, nam & vas inargentatum dum vænit, pro ſolido vænit, idque pro cauto ſemper habetur. *l. 3. ff. d. reb. cred.* Cujac. recte cenſet inaurata ſive inargentata ſeparanda eſſe ab iis, quæ auro ſive argento cooperta ſunt. Menſæ æneæ inargentatæ vel inauratæ argentum ſive aurum ineſt: argento ſive auro menſæ coopertæ argentum ſive aurum non ineſt, ſicut veſtis qua homo cooperitur & tegitur, non eſt materia hominis. Lamina argentea, qua menſa cooperta eſt, quaſi veſtis eſt menſæ. *Cujac. ad d. l. ſi id quod. 34. ff. de verb. obl.* & *lib. obſ. 2. c. 4.*

Secundo

Secundo objicitur *l. Labeo. 45. ff. de contr. empt.* ubi in materia eſt erratum, & tamen valet emtio, quia venditor qui vas aurichalcum pro auro vendidit, tenetur, ut aurum quod vendidit, præſtet, actione ex emto. Reſp. Ex eo quod dicitur, actionem ex emto dari decepto non ſequitur valere emtionem: nam actio ex emto datur etiam emtori ad id quod intereſt, licet nulla ſit emtio. *l. qui officii. 62. §. 1. ff. eod.* ubi qui ignorans emit rem ſacram pro prophana, agit ad intereſſe, licet emtio nulla ſit. Itaque emtori non dabitur hoc caſu actio ad rem emtam, ſed ad intereſſe.

ASSERTIO LIV.

Emtione perfecta, ne quidem cum arrharum diſpendio ab ea recedere licet.

GRavis eſt quæſtio, an ab emtione perfecta contrahentes ſolius arrhæ jactura poſſint recedere. Et verior eſt ſententia, emtione per conventionem abſoluta, ſi alterutrum contrahentium pœniteat, minime ab ea recedere licere, ne quidem cum arrarhum diſpendio; ſed præter amiſſionem vel reſtitutionem arrhæ, ad implementum contractus agendum eſt. *l. 2. C. quand. lic. ab empt. diſced. Weſemb. in parat. de contr. empt. num. 9.* Itaque emtor ſi recuſat implere contractum, perdit arrham, & inſuper ad ſolutionem precii tenetur. *l. de lege commiſſoria. 6. l. ult. ff. de l. commiſſ.* Venditor vero ſi nolit rem venditam tradere, duplicatam arrham reſtituere compellitur, & præterea ad tradendum vel præſtandum id quod intereſt, cogi poteſt actione ex emto. *l. 1.* & *l. prædia. 28. ff. de act. empt.* Convincitur hæc concluſio ex eo, quod arrhæ datio in emtione adhibetur, quo magis corroboretur contractus: arrha enim à Græco vocabulo ἀῤῥαγὲς dicta eſt, quod validum & firmum ſignificat. Ut enim ſtipulatio, ita & arrha firmandarum obligationum gratia intervenit, quo perfectam & validam eſſe emtionem evidentius probari poſſit. *l. quod ſæpe. 35. ff. de contr. empt.* Ergo ſi a perfecta nudo conſenſu emtione recedere non licet, neque partibus pœnitere eſt integrum, niſi ſimul id quod intereſt adverſarii præſtetur. *l. ſicut. 5. C. de obl. & act.* multo minus licebit a perfecta emtione diſcedere, ſi non tantum nudo conſenſu, ſed præterea arrhæ datione firmata eſt. Quæ enim ad augendum inducta ſunt, non debent diminutionem operari. *l. legata inutiliter. 19. ff. de leg. 1.*

Nec quicquam adjuvat contrariam ſententiam *l. contractus. 17. C. de fid. inſt.* & *§. 1. inſt. de empt. & vend.* Ex quibus locis quidam colligunt interveniente arrha poſſe contrahentes invita etiam altera parte, ſola amiſſione arrharum ab emtione recedere. Quod enim ibi dicitur de amiſſione arrharum, intelligi debet de contractu imperfecto, utputa ſi emtio in ſcriptura celebrata ſit, quæ non-

 dum

dum a contrahentibus ſubſcripta, vel a tabellione in mundum redacta eſt, quæ emtio adhuc imperfecta eſt: hoc ergo demum caſu ſola arrharum jactura licet ab emtione recedere. Quod probatur ex diſertis verbis *d.* §. 1. ubi dicitur: *donec aliquid ex his deeſt, pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emtor vel venditor ſine pœna recedere ab emtione, ita tamen niſi arrha data ſit.* Quæ ſane verba arguunt ibi de contractu imperfecto agi, præſertim cum addantur nominatim hæc verba, *Is qui recuſat implere contractum*, quod certe contractus imperfecti eſt. Adde, quod in *d. l. contractus.* expreſſe dicitur: *Qui vendere pollicitus eſt, venditionem recuſans, in duplum arrhas reddere cogitur.* Itaq; quouſque complementum non acceſſerit emtioni, licebit ab ea deſcedere ſola arrharum jactura. Eaque fuit ſententia Bulgari & Johannis magis approbata. *Azo in ſum. C. de contr. empt.* Quorum ſententiam ſequitur *Bald. in d. l. contractus.* & *Bart. in l. 1. ff. de publican. Old. cl. 4. act. 2.* qui notat hanc eſſe veriorem opinionem, contra communem, quod venditor non perficiens venditionem, ultra arrhas teneatur ad intereſſe.

ASSERTIO LV.

Perfecta emtione, quod ſit ſimulatque de merce & pretio convenit, periculum rei venditæ ſtatim ad emtorem pertinet: contra Cujacium.

Traditur hæc concluſio in §. *cum autem. 3. inſt. de empt. & vend.* & *l. neceſſario. 8. ff. de peric. & com. rei vend.* Unde ſi ædes venditæ ante traditionem caſu fortuito conflagraverint, hoc periculo emtoris cedit, & nihilominus cogitur pretium ſolvere. *d.* §. *cum autem.* & ibi Weſemb. Quæ regula duabus firmiſſimis rationibus fundata eſt, primo quia debitor ſpeciei liberatur interitu rei, qui ante moram ſine culpa ejus contingit, licet res necdum tradita ſit. *l. ſi ex legati. 23. ff. de V. O.* Itaque cum res vendita interiit caſu fortuito, liberatus eſt ab ejus præſtatione venditor, tanquam ſpeciei ſeu certæ mercis debitor, & res periit periculo emtoris, tanquam creditoris. Altera ratio eſt, quod æquum ſit ad eum ſpectare incommoda, qui ſentit commoda. *l. 10. ff. de R. J.* Itaque cum emtor percipiat commoda rei venditæ, quæ ante traditionem acceſſerunt, veluti ſi ager alluvione excrevit, rationi conſentaneum eſt, ut pericula & incommoda quoque ſuſtineat. *l. 1. C. de peric. & com. rei vend.*

Sed huic aſſertioni vehementer refragatur reſponſum Africani in *l. ſi fundus. 33. ff. locat.* ubi dicitur, ſi fundus venditus ante traditionem pnblicatus ſit, quod periculum ad venditorem pertineat, & pretium emtori vel reſtituere vel remittere cogatur. *Cujac. in tract.*

tract. ad Africàn. ad d. l. ſi fundus. & *Azo in l. Lucius. ff. de evict.* tali diſtinctione hanc antinomiam conciliant, quod ſi fundus ante traditionem publicatus vel peremtus ſit, tunc periculum ſuſtineat venditor, & emtori actio competat contra venditorem, ut pretium reddat vel remittat: & de fundo ante traditionem publicato reſpondiſſe ajunt Africanum in *d. l. ſi fundus.* Si vero poſt traditionem publicatus fuerit, periculum ad emtorem pertineat, & de fundo poſt traditionem publicato tractare volunt Paulum in *d. l. Lucius.* Verum hæc diſtinctio contra indubitatam juris regulam traditam in *d. §. cum autem.* extructa eſt. Itaque ne contra certiſſima juris principia quicquam adſtruatur, convenientius eſt cum Antonio Fabro hanc pugnam tali diſtinctione componere. Aut fundus venditus ita peremptus eſt, ut omnino in rerum natura eſſe deſierit, ut in exemplis *d. §. cum autem.* apparet; & periculum eſt emtoris, quia res præſtari non poteſt, quæ non eſt in rerum natura, & emtor ſibi imputet, quod rem ſtatim non ſit nactus poſt emtionem. Aut res vendita præſtari poteſt per rerum naturam, ut ſi fundus eſt publicatus, vel ſervus ſubtractus; & tunc venditor non liberatur, niſi actiones ſuas præſtet. Quod ſi nullas habeat, quas in emtorem transferre poſſit, ut puta ſi rem alienam, quæ furto ſubtracta eſt, vendidit, aut fundus venditus publicatus eſt, tenetur ſaltem ad reſtitutionem pretii, quod non præſtet eam rem, quam per rerum naturam præſtare poteſt, ſi forte aut rem alienam emere; aut fundi publicati pretium, iis quibus aſſignatus eſt, præſtare velit. *l. quod ſæpe. 35. §. ſi res vendita. 4. ff. de contr. emt. Fab. lib. 2. conject. c. 4.* Aliam ſoltionem adfert *Vincent. Cabotius lib. 1. diſput. juris civilis. cap. 25.* qui putat ſpeciale eſſe in publicatione, quod fundo vendito publicato periculum ſpectat ad venditorem. Idque propter eam rationem, quod injuria poſſeſſori fiat, cui publicato agro modicum honoris gratia dari ſolitum tradit. *Ulpianus in l. item ſi verberatum. 15. §. item ſi forte. 2. ff. de rei vind.* Atqui ſicut injuria facta emtori, non nocet venditori, ſi forte per imprudentiam judicis emtor de proprietate victus ſit. *l. ſi per imprudentiam. 51. ff. de evict. l. emtor. 28. C. eod.* ita e contrario injuria facta, vel vis illata venditori, emtori non nocet, niſi hactenus, ut id quod intereſt, venditor emtori non præſtet. *d. l. ſi fundus.* Solutionem ſupra ex Antonio Fabro allatam ſequitur & approbat *Guilhelmus Rancinus lib. 3. var. lectio. c. xi.*

Secundo objicitur huic deciſioni *l. lectos emptos. 12.* cum *ll. ſeqq. ff. de peric. & com. rei vend.* ubi dicitur ſi lectos venditos, cum forte in via publica poſiti eſſent, concidit ædilis, periculum eſſe venditoris, ante traditionem. Reſp. Ibi non caſu fortuito, ſed propter imprudentiam & incuriam venditoris lecti ſunt conciſi, qui eos cum impedimento uſus publici in via publica collocavit; ideoque periculum merito ad eum pertinet, utpote cum ejus facto & culpa interitus contingat.

Ter

Tertio adverſatur *l. quod ſi neque.* 14. §. 1. *ff. de peric. & com. rei vend.* ubi dicitur, ſi materia vendita ante traditionem furto perierit, periculum eſſe venditoris. Reſp. Ibi non certa ſpecies vendita fuit, ſed genus, puta ligna vel trabes. Atqui quando non ſpecies, ſed genus venditur, veluti bos, equus, tunc ante traditionem perimitur res vendita venditori, quia genus perire non poteſt. *l. in ratione legis.* 30. §. *verum.* 3. *ff. ad. l. Falcid.* Illud poſtremo bene notandum, quod in curia Hollandiæ judicando diverſa ſententia approbata eſt, quod ſcilicet periculum rei immobilis venditæ ante traditionem ſpectet ad venditorem, idque vigore conſtitutionis Carolinæ ſancitæ anno 1529. 1. Maji: qua cavetur, quod venditio bonorum immobilium non fit valida & rata, niſi facta ſit & comprobata a judice loci, ubi bona ſunt ſita. Ita judicatum & pronuntiatum eſt in curia provinciali Hollandiæ in lite vertente inter M. Theodorum Bernardi pictorem, contra Jacobum Adriani de licht, uti relatum extat in *deciſionibus curiæ Hollandiæ, deciſione* 32. *referente Senatore Carmelynio.*

ASSERTIO LVI.

Vino certo in ſpecie vendito, periculum ſtatim emtorem reſpicit, niſi id actum ſit, ut deguſtetur.

In rebus quæ deguſtari ſolent, periculum uſque ad deguſtationis diem, ſuſtinet venditor. Si tamen certum vinum venditum eſt in ſpecie, puta omne vinum quod in dolio vel in amphora eſt, ſtatim periculum emtorem reſpicit, niſi ita vænierit, ut deguſtetur. *l.* 1. & 4. *ff. de peric. & com. rei vend. l.* 2. *C. eod.* vel niſi quid de bonitate vini venditor affirmavit, aut denique niſi ſcivit bonitatem vini non duraturam. *l. ſi vina.* 15. *ff. d. tit.* Hæc eſt Azonis ſententia legibus maxime conſentanea, quam approbant *Accurſ.* & *Baro ad §. pen. inſt. de empt. & vend.* & *in manual. ad tit. de peric. & com. rei vend.*

Non obſtat *l.* 1. verſ. *ſed etſi. ff. de peric. & com. rei vend.* ubi in hæc verba loquitur JC. *Si non ſint deguſtata, ſignata tamen ab emtore vaſa, periculum eſſe venditoris*: ubi vinum in ſpecie venditum erat, quia certa vaſa ſignata ſunt, & tamen uſque ad deguſtationem periculum ſpectat ad venditorem. Nam hoc intelligendum eſt in terminis iſtius caſus, qui ab initio a JCtis propoſitus eſt. nimirum quando convenit ſimpliciter, ut periculum eſſet venditoris, neque tamen tempus appoſitum eſt, quouſque periculum ſuſtineat venditor: hoc caſu tempus deguſtationis obſervandum eſt, ut eouſque periculum ſuſtineat venditor. *Coſtal. ad. d. l.* 1. *Salycet. ad l. ficus.* 12. *C. de act. empt.* ubi hanc ſententiam dicit eſſe puram & meram veritatem.

ASSERTIO LVII.

Venditor ſi facultatem habet rei tradendæ, præciſe cogi poteſt ad tradendum.

IN actione emti ad hoc tenetur venditor, ut ſi tradendi facultatem habeat, præciſe cogatur rem emtori tradere. *l. ex emto.* 11. *ff. de act. empt.* ubi dicitur: *venditorem imprimis rem ipſam tradere, id eſt, præſtare oportet.* imo manu militari ab eo auferri poteſt, ut notat *Caſtr. ad l.* 1. *ff. de act. empt.* Probatur hæc deciſio quoque aperto & inconvincibili textu in §. *alia autem.* 2. verſ. *perficiuntur autem. inſt. de donat.* ubi Imp. ſancivit, quod donatio ad exemplum venditionis habeat neceſſitatem tradendi. Idem traditur in §. *ſed & certum eſſe pretium.* 1. *inſt. de empt. & vend.* in verb. *tunc omnimodo res*, ſcilicet vendita, *tradatur*, ponderando dictionem *omnimodo*, quæ præciſam neceſſitatem habet. *l. ſi poſſeſſori. in princip. ff. de petit. hered.*

Obſtat *l.* 1. *ff. de act. empt.* ubi dicitur, ſi res vendita non tradatur, ad intereſſe agi, unde venditor præſtando intereſſe liberatur. Reſpondendum, quando non intereſt emtoris rem tradi, ut ſi mora commiſſa ſit, & ita occaſio bene utendi re emta perierit emtori, tunc in arbitrio emtoris eſt agere ad intereſſe. *l. ſi traditio.* 4. *C. de act. empt. l. ſi contractus.* 16. circa med. *C. de fide inſtrument.* Duarenus vero reſpondet, iſtam legem & ſimiles quæ de intereſſe loquuntur, intelligendas eſſe, quando venditor non habet facultatem rei tradendæ. Itaque ſi habet copiam rei tradendæ, præciſe tenetur tradere; ſin minus, ad id quod intereſt, tenetur, per *l. qui tibi.* 6. *C. de hered. vel. act. vend.* Hæc eſt opinio Martini in *d. l.* 1. & *l. ſi traditio. C. eod.* ubi additio ad gloſ. dicit hanc eſſe communem omnium pene DD. diſtinctionem. Alio modo poteſt etiam reſponderi ad *d. l. ſi traditio.* quod ideo in illa *l.* condemnatur venditor ad intereſſe, quia ita petitum fuit ab actore, in cujus arbitrio reſidet electio, an rem venditam velit petere, an vero intereſſe. Idque inde colligitur, quod Imp. dicat, quod *quanti intereſſe compleri emtionem fuerit arbitratus præſes provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Quæ omnia indicant petitionem emtoris ad intereſſe præceſſiſſe, quia ſententia debet eſſe conformis libello. *l. ut fundus.* 18. *ff. com. divid.* Ita eleganter tradit *Fulvius Conſtantinus ad* §. *perficiuntur. num.* 4. *inſt. de donat.* Vide omnino pro confirmatione hujus opinionis *Fabrum lib. 6. c.* 17.

Secundo objicitur *l. ſi jactum.* 13. *ff. de act. empt.* ubi dicitur, ſi venditor, qui jactum retis vendidit, piſces captos reddere nolit, æſtimari debet id, quod extraxit. Ergo venditor non tenetur tradere, ſed præſtando intereſſe liberatur. Reſp. Dicendum, quod ibi non

res

res certa, ſed factum potius venditum eſt. Nam cum facta fere omnia ſint incerta, iſta deciſio, qua traditur venditorem præciſe teneri rem venditam tradere, limitatur, niſi vendatur aliquid incertum, conſiſtens in ſpe, & pendens a futuro eventu; nam ſpe deducta ad certitudinem, & verificata, qui vendidit, & habet facultatem rei tradendæ, non præciſe cogitur tradere, ſed liberatur præſtando æſtimationem, & ſic intereſſe. Ita Alexander, Jaſon, & communiter DD. accipiunt *d. l. ſi jactum*.

Tertio adverſatur, quod in obligationibus facti ſufficit præſtare id quod intereſt. *l.* 72. §. *ult. ff. de V. O. l. ſi ab alio.* 13. §. *ult. ff. de re jud.* Sed venditor ad factum tenetur, nempe ad rem tradendum. *l.* 4. *ff. de uſur. l. ſi rem tradi.* 28. *ff. de V. O.* Ergo præſtando intereſſe liberatur, neque præciſe tenetur rem venditam emtori præſtare. Reſp. Traditio ad quam venditor tenetur, non eſt res meri facti, quia habet in ſe incluſam dationem, & venditor non ſolum tenetur ad tradendum, ſed etiam ad dandum, id eſt, transferendum dominium. *l. ex emto.* 11. *ff. de act. empt. l. cum manu ſata.* 80. §. *ult. ff. de contr. empt.* Ergo cum venditor ad dandum quoque ſit obligatus, ſi rem habet, & poteſt eam præſtare, cogitur præciſe eam præſtare, quia hæc eſt natura obligationum dandi, ut omnimodo detur, id eſt, dominium transferatur in ſtipulatorem, *l. ubi autem.* 75. §. *ult. ff. de V. O.* Diſſentiunt *Vaudus lib.* 1. *var. quæſt. jur. quæſt.* 9. *Fachin. lib.* 2. *controv. jur. c.* 30. qui ſtatuunt, venditorem præciſe non poſſe compelli ad tradendum rem venditam, ſed præſtando id quod intereſt, liberari. Idem tenent *Goda. in tract. de contr. ſtip. c.* 9. *concl.* 4. *num.* 65. *Hotom.* & *Anton. Matthæus ad* §. *pretium. inſt. de empt. & vend.*

ASSERTIO LVIII.

Remedium legis 2. *C. de reſcin. vend. non habere locum in tranſactione, contra* BARTOLUM *&* ARIUM PINELLUM.

PRobatur hæc deciſio in *l. Lucius,* 78. §. *ult. ff. ad SC. Treb.* ubi deciditur, quod ſi hæres rogatus reſtituere hereditatem, quadruplo minus reſtituat, quam vere in hereditate extabat, ad reſtituendum quod amplius eſt in hereditate non tenetur, ſi de reſtitutione hereditatis tranſactum eſt. Ratio decidendi eſt, quia tranſactiones ſicut pacta ſunt ſtricti juris. arg. *l.* 7. §. *quin imo.* 5. & ibi *gloſ. l. ſi unus.* 27. §. *pacta.* 4. verſ. *ante omnia. ff. de pact.* Atqui remedium *l.* 2. *C. de reſc. vend.* in contractibus bonæ fidei tantum locum habet.

Sed objicitur *l.* 3. §. 1. *ff. de tranſact.* ubi deciditur, ſi tranſactum ſit de fideicomiſſo, poſſe nihilominus tranſigentem conſequi, quanto

quanto minus ex fideicommiſſo conſecutus erat. Reſp. Generaliter verum eſt, ſi quis minus, quam ſibi debebatur ex fideicommiſſo, per tranſactionem accepit, non poſſe eum a tranſactione recedere, ſi fortaſſe poſtea conſtitit ex repertis inſtrumentis, majorem quantitatem bonorum per fideicommiſſum ei relictam eſſe, quam heres indicavit. Verum a generali hac aſſertione excipitur iſte caſus, niſi ex codicillis poſtea repertis apparebat, majorem quantitatem bonorum fideicommiſſario fuiſſe relictam, iſque hujus rei ignarus tranſegit, modica quantitate fideicommiſſi ſibi teſtamento relicti contentus. Ratio eſt, quia de controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, tranſigi aliter non poteſt, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti. *l. 6. ff. de tranſact.* Ex quo ſequitur, tranſactione ſuper teſtamento, nondum prolatis codicillis, interpoſita, reſtitutionem fideicommiſſi in codicillis relicti non impediri, quia codicilli teſtamenti pars eſſe cenſentur. *l. pen. ff. teſt. quemad. aper.* Atqui teſtamentum nec legitime aperiri, nec exhiberi cenſetur, niſi totum videatur. Ita eleganter tradit *Forner. 2. elect. c. 9.*

Secundo graviter adverſatur *l. ſi quis cum aliter. 36. ff. de V. O.* ubi dicitur, ſi ſtipulatoris dolo promiſſor inductus eſt ad promittendum, vel etiam ſi res ipſa in ſe dolum habeat, h. e. ſi graviter & enormiter promiſſor ſit læſus ex ſtipulatione, quod competat ei exceptio doli. Ex qua *l.* colligunt communiter DD. quod & ſi alteruter tranſigentium læſus ſit ultra dimidium juſti pretii, quod remedio *d. l. 2.* ei ſubveniatur. Reſp. Hæc exceptio doli longe diſtat a remedio *d. l. 2.* quia competit tantum promiſſori, re integra, dum ex ſua promiſſione convenitur. Cæterum remedium *d. l. 2.* locum habet etiam contractu impleto, & datur ad contractum reſcindendum, re promiſſa ſoluta & tradita.

Tertio repugnat *l. ſi ſuperſtite. 5. C. de dolo.* ubi dicitur, quod ſi filia immodice læſa eſt tranſactione inita cum patre, quod reſtitutio ei contra patrem competat. Reſp. Ideo filia ibi ob immodicam læſionem ex tranſactione reſtituitur, quia minor erat xxv. annis. Nam minores xxv. annis læſi in tranſactione, propter ætatis auxilium reſtituuntur; majores vero non item. *toto tit. C. ſi adverſ. tranſact. not. Weſemb. in parat. de tranſact.* Vel potius dicendum, quod ibi dolus intervenit præter immodicam læſionem. Sola enim læſio immodica non præſtat actionem doli. Unde non propter immodicam læſionem, ſed dolum, ibi reſcinditur tranſactio. Quod etiam ex eo probatur, dum ob paternam verecundiam ibi denegatur filiæ actio de dolo, ergo contra alias perſonas extraneas dabitur. quæ tamen actio non competit, niſi interveniente vero dolo.

Ultimo objicitur *l. in ſumma. 65. §. 1. ff. de cond. indeb.* ubi dicitur, ſi in tranſactione evidens calumnia detegatur, & tranſactio imperfecta

fectaeſt, repetitio datur. Hinc colligit Bart. remedio *l.* 2. *C. de reſc. vend.* locum eſſe, ſi in tranſactione quis læſus ſit ultra dimidium. Nam ex hac læſione detegitur evidens calumnia, per *l. ſi quis cum aliter.* 36. *ff. de V. O.* ubi iſta læſio immodica dolo æquiparatur. Reſp. locus ille non probat neceſſario opinionem Bartoli. nam Bart. loquitur in terminis æſtimationis dubii eventus litis, conſiderando, quod pro jure vel eventu cauſæ ſeu litis, duplo major quantitas parti læſæ daretur. Sed hic nulla ſuberit lis vel litis ſuſpicio. Nam illa eſt hujus §. ſententia, quod tranſactio valet, etſi de præſenti non fuerit lis, ſi modo lis aliqua timeatur. *l.* 2. *C. de tranſact.* Sin autem evidens calumnia eſt, hoc eſt, ſi neque de præſenti lis eſt, neque lis ulla in futurum timeri poſſit, tunc tranſactio eſt imperfecta. *l.* 23. *C. de tranſact. l.* 6. *C. de jur. & fact. ignor.* Diſſentiunt ab hac deciſione *Bart. in l.* 2. *C. de reſc. vend. num.* 7. *Pinel.* ibid. *part.* 1. *c.* 4. *num.* 14. quos ſequitur *Weſemb. in paratit. ff. de tranſact.* in fin. & poſtremo *Fachin. lib.* 2. *controv. jur. c.* 26. Communis tamen eſt opinio DD. quod ob immodicam læſionem tranſactio non reſcindatur, quando de dubio litis eventu tranſactum eſt. Verum Weſemb. poſt Bart. contrarium ſervari teſtatur in curiis & tribunalibus judicum, atque remedio *d. l.* 2. *C. de reſc. vend.* in tranſactione locum eſſe, ſi quis in certo jure, puta dividenda hereditate, probare poſſit, ſe tranſigendo ultra dimidiam partem ejus, quod probabiliter conſequi potuit, læſum eſſe. *Weſemb. in parat. ff. de tranſact.* in fin. Plane edicto regis Galliarum Franciſci II. cautum eſt, ne tranſactiones inter majores xxv. annis initæ citra vim & dolum, reſcindantur obtentu læſionis ultra dimidium juſti pretii. Ita refert *Jacobus Thuanus libro* xxxv. *Hiſtoriarum* in fine. Idem edicto *Emanuelis Philiberti principis Sabaudiæ* ſtatutum eſſe refert *Antonius Faber in error. pragmat. decade.* 8. errore. 10. Vide *Andr. Gail. lib.* 2. *obſ. c.* 70. ubi notat hanc opinionem, quod tranſactio prætextu læſionis ultra dimidium juſti pretii non reſcindatur, tanquam veriorem in camera imperii aliquoties judicando eſſe approbatam. Contraria, quod remedium *l.* 2. *C. de reſc. vend.* etiam locum habeat in tranſactione in ſupremo tribunali Hollandiæ, judicando & pronuntiando eſt confirmata in lite ſeu controverſia pendente inter dominum de Kruningen, & quendam N. Dorpium, qui tutor fuerat liberorum D. de Kruningen; & quia in tranſactione ſuper cauſa tutelæ prædictos liberos ultra dimidium juſti pretii læſerat, hæc tranſactio per ſententiam a dominis ſenatoribus ſupremæ curiæ retractata, reſciſſa, & irrita declarata eſt.

ASSERTIO LIX.

Jus accreſcendi non tranſit in emtorem hereditatis.

Ratio hujus aſſertionis eſt, quia jus accreſcendi regulariter tantum locum habet in ultimis voluntatibus, non vero in contractibus. arg. *l. ſi mihi & Titio.* 110. *ff. de V. O.* Cujus rationis hæc eſt ratio, quia cum jus accreſcendi legis diſpoſitioni acceptum referatur, quamvis ea in re lex voluntati hominis tacite innitatur. *l. ſi Titio.* 61. §. *Julianus.* 1. *ff. de leg.* 2. ſolum in ultimis voluntatibus merito locum habere debet, in quibus voluntates teſtantium plenius accipiuntur. *l. in teſtamentis.* 12. *ff. de R. J.* non vero in contractibus in quibus totum negotium preſſæ contrahentium diſpoſitioni relinquitur. *l. veteribus.* 39. *ff. de pact. l. triticum.* 94. *l. quicquid.* 99. *ff. de V. O. Additio Zoarez ad Gomez. in var. reſolut. c. de jur. accreſc.*

Objicitur, quod dicitur portionem portioni accreſcere, velut alluvionem. *l. ſi Titio.* 33. §. 1. *ff. de uſufr.* emtori ergo accreſcet partem habenti. Item obſtat *l. ſi totam.* 83. *ff. de acq. her.* quæ non habenti partem ſuam negat accreſcere. venditori ergo qui partem ſuam hereditatis vendidit, non accreſcet, quia jus accreſcendi ſequitur rem & portionem, non vero perſonam. *l. hac ſcriptura.* 26. §. 1. *ff. de cond. & dem.* Reſp. quod comparatio alluvionis non omni ex parte juri accreſcendi reſpondeat. Verum quod dicitur portionem portioni inſtar alluvionis accreſcere, hoc eo tantum pertinet, ut intelligamus, habenti portionem ſuam; alienam accreſcere, non amittenti Atqui qui vendidit hereditatem, poſſidere videtur, quia pretium portionis venditæ habet. *l.* 4. §. *ult. ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſt. ab inteſt. &c.* cum pretium ſuccedat in locum rei. *l. ſi & rem & pretium.* 22. *ff. de pet. hered.* Ergo rem non amiſit, igitur nec jus accreſcendi. Contra is cui velut indigno erepta eſt hereditas, quod tacite incapaci cavit ſe reſtituturum, ut in ſpecie *d. l. ſi totam.* rem plane amiſit *l.* 10. *ff. de his quæ ut indign. aufer.* ergo & jus accreſcendi. *Cujac. lib. obſ.* 12. *c.* 13. *Faber in error. pragmat. decade* 50. *errore V.* & *VI.*

Objicitur etiam *l. fundus.* 64. *ff. de contr. empt.* ubi cum quis emiſſet fundum ſibi & Titio, cum pro parte Titii emtio non ſubſiſtat, totus fundus alteri acquiritur, etiam pro parte Titii. Reſp. Quod pars Titii adjecta cenſetur ſupervacuo & inutiliter, ideoque nihil operatur, ſed alteri totus fundus adquiritur, ne injuria adficiatur venditor, qui de toto fundo vendendo cogitavit: nec voluit partem vendere, ne invitus maneat in communione, quæ magna adferre ſolet incommoda. *Gomez. d. loc. num.* 3. & *ult.* ubi notat, hanc veriorem & magis communem eſſe opinionem DD. quod in emtorem hereditatis non tranſeat jus accreſcendi. Diſſentit *Duaren. de jur. accreſc. lib.* 2. *c.* 6. & 19. *Robert. lib.* 3. *animadv. c.* 19.

ASSERTIO LX.

In contractibus jus accreſcendi non habet locum.

PRobatur hæc concluſio in *l. ſi mihi & Titio.* 110. *ff. de V. O.* ubi traditur, ſi quis ſtipuletur ſibi & Titio decem, quod hæc ſtipulatio ſit pro parte utilis, pro parte vero inutilis. Utilis eſt illa, quæ in ſtipulatoris perſonam concepta eſt: inutilis vero, quæ in perſonam alterius collata eſt, quia alteri nemo ſtipulari poteſt. *l.* 38. §. *alteri.* 17. *ff. de V. O.* ideoque quinque tantum ſtipulatori debentur. Ex qua lege colligitur, cum in hac ſtipulatione ſtipulator & Titius re & verbis conjuncti ſint. *l. re conjuncti.* 87. *ff. de leg.* 3. *l. triplici.* 142. *ff. de V. S* neque deficientis Titii pars ſtipulatori accreſcat, in contractibus juri accreſcendi locum non eſſe. Idem probatur ex *l. aquam.* 16. *ff. quemad. ſerv. amit.* Hanc ſententiam tradunt & defendunt *Weſemb.* & *Baro ad.* §. *ſi eadem. inſt. de legat. Forn. ad l. triplici. ff. de V. S.*

Opponitur huic ſententiæ *l. fundus.* 64. *ff. de contr. empt.* ubi dicitur, ſi quis fundum emit ſibi & Titio, quod Titii perſona ſupervacuo appoſita ſit, ideoque totins fundi dominium ad emtorem pertinebit. Unde ſequitur, quod in contractibus locus ſit juri accreſcendi. Item obſtat *l.* 5. *ff. com. præd.* ubi quis ſervitutem ſibi acquiſiviſſe cenſetur, adjectio autem vicini pro ſupervacua habetur. Reſp. Hæc doctrina, quod in contractibus inter conjunctos non ſit locus juri accreſcendi, tum demum locum habet, quando rei in ſtipulationem deductæ tam facilis eſt diviſio, ut ſtipulatio ejus diviſione non corrumpatur, ut in quantitate in ſtipulationem collata accidit. Alias autem in contractibus jus accreſcendi locum habet, quando vel id quod in obligationem deductum eſt, diviſionem non recipit, ut ſervitus. *d. l.* 5. vel quando ejus de quo conventum eſt, diviſio obligationem corrumpit, ut fundum tradi. *d. l. fundus. l. ſtipulationes non dividuntur.* 72. *ff. de V. O.* In primo exemplo, quod ſcilicet is qui ſibi & alteri fundum emit, totum fundum habeat, propter duas rationes efficitur. Prima eſt, quia in hoc contractu venditionis de toto fundo vendendo apparuit eſſe actum, eo quod toti fundo pretium eſt commenſuratum. Unde ne injuria adficiatur venditor, qui de toto fundo vendendo cogitavit, dicendum eſt, totius fundi venditionem valere, & Titii perſonam adjectam pro ſupervacua haberi, ideoque & emtor repudiante ſocio totum fundum retinere cogitur, arg. *l. ſi quis aliam.* 46. *ff. de ſolut.* Altera ratio eſt communionis incommodum, ne ſcilicet, ſi jus accreſcendi non admitteretur, emtor invitus cum venditore communionem inire cogatur, ex qua maximæ diſcordiæ plerumque oriri ſolent. *l. cum pater.* 77. §. *dulciſſimis fratribus.* 20. *ff. de leg.* 2. In ſecundo exemplo id efficit impoſſibilitas diviſionis, quia ſervitus dividi non poteſt, ideoque ſervitus integre uni acquiſita videtur.

ASSERTIO LXI.

Nomine venditionis non continetur omnis alienatio.

QUod nomine venditionis ſeu emtionis non contineatur alius contractus, nec etiam alia alienatio, probatur ex vi nominis per *l. 1. ff. de contr. emt.* ubi dicitur, quod aliud ſit emtio, aliud permutatio, quamvis permutatio ſit vicina emtioni. *l. 1.* & *l. ult. de rer. perm.* Alioqui fruſtra quæreremus, an ſit venditio, an permutatio, an alius contractus, ſi venditionis nomen omnes contractus comprehenderet. *l. 1. ff. de æſt. act.* Item diverſa ſunt nomina, ergo diverſi contractus. *l. ſi idem. C. de codic.* Pro hoc quoque facit *l. ult. C. de pact. int. empt. & vend.* ubi dicitur: *ſi quis ita paciſcatur in venditionis vel alienationis contractu.* ergo nomine venditionis non venit alia quævis alienatio, alioqui eſſet ibi ſuperflua illa repetitio, *vel alienationis.* Itaque pro regula ſtatuendum eſt, quod nomine venditionis proprie non contineatur alius contractus. Ad hoc etiam eſt text. notab. in *l. ſi pupillorum. 7. §. ſi prætor. 3. ff. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cura ſunt &c.* ubi ſic dicitur, Si prætor tutoribus permiſit vendere, & illi obligaverint, vel contra, non valet quod actum eſt, quia aliud fecerunt, quam quod a Prætore decretum eſt.

Sed opponitur *l. ſtatu liberi. 29. ff. de ſtatu lib.* ubi dicitur, quod lex XII. tabb. *venditionis* verbo omnem alienationem complecti videtur. Idem traditur in *l. ſicut. 8. §. venditionis. 11. ff. quib. mod. pign. ſolv.* ubi dicitur, quod venditionis appellatione etiam legatum continetur. Reſp. Quando eadem eſt ratio in aliis contractibus & alienationibus, quæ eſt in emtione & venditione, tunc non vi nominis venditionis, omnis alienatio continetur, ſed ex mente & interpretatione JCtorum obtinuit, ut quod in venditione dicitur, habeat etiam locum in quibuſcunque alienationibus, in quibus militat eadem ratio. Hoc verba legis XII. tabb. ſuadent, quæ ita habent: *Vendendi ſtatu liberos jus poteſtaſque eſto.* Hunc articulum, quo traditur, ſtatuliberos, hoc eſt, eos, quibus ſub conditione libertas relicta eſt. *l. 1. ff. de ſtatu lib.* vendi interim poſſe, JCti ita interpretati ſunt, quod & alio quocunque titulo alienari poſſint, quia lex XII. tabb. *venditionis* verbo in hoc caſu omnem alienationem complectitur. Idque ideo receptum eſt, quod quælibet fere alienatio olim per imaginariam venditionem, ſicut heredis inſtitutio & emancipatio, celebrabatur. Sic etiam in ſimili caſu generaliter *venditionis* verbum accipere debemus, in *d. l. ſicut. §. venditionis,* quoad illum caſum. Quia ſi creditor permittat vendi pignus a debitore, vel aliter alienare, jus ſuum amittit in illa re.

Assertio LXII.

Pacto de retrovendendo præſcribitur xxx. *annis.*

Si quis vendidit fundum adjecto hoc pacto, ut liceat ei pretium aliquando offerenti, fundum recipere; hoc pactum validum eſt, daturque ex eo venditori actio ex vendito contra emtorem ad fundum recuperandum. *l. 2. C. de pact. int. emp. & vend. compoſ.* Sed quæritur, quanto tempore petitioni retractus ex pacto de retrovendendo præſcribatur? Et verius eſt 30. annorum ſpacio præſcribi. Cum enim reliquis omnibus actionibus perſonalibus regulariter tanto tempore præſcribatur. *l.* 3. & 4. *C. de praſcr.* 30. *ann.* conſequens eſt, & juri offerendi, quod actione ex vendito quæſitum eſt, præſcribi: ne poſſeſſores ſemper metuere repetitionem rei cogantur, & incerta reddantur rerum dominia, contra *l. 1. ff. de uſucap.* Et hæc eſt commuuis DD. opinio, teſte. *Weſemb. in parat. ff. de reſc. vend.*

Qui contrariam ſententiam ſuſtinent, nituntur hoc argumento. Res meræ facultatis nullo unquam tempore præſcribuntur. *l. 2. ff. de via publ.* Atqui jus offerendi pretium ad redimendam rem venditam, videtur eſſe res meræ facultatis, quia eſt in mero venditoris arbitrio poſitum. Ergo non tollitur præſcriptione. Reſp. Hæc actio, qua quis oblato pretio, ex pacto retrovenditionis petit ſibi rem venditam reſtitui, non eſt res meræ facultatis, quia non eſt in abſoluta facti poteſtate poſita, ſed obligationis jure conſiſtit, & eſt jus ex contractu alteri ab altero debitum. Ea enim demum ſunt meræ facultatis, quæ jure dominii nobis competunt, nec ab alio debentur, ſed inſunt propriis dominiis. Hæc quia una cum dominio voluntate domini poſſidentur, & ab abſoluta domini voluntate dependent, nunquam præſcribuntur. Pulchre Weſemb. d. loco.

Secundo adverſatur; quod in pacto de retrovendendo adjiciatur plerunque hæc clauſula, *ut quandocunque venditor vel ejus heredes velint pretium offerre, poſſint fundum recipere. d. l. 2.* Atqui iſtæ clauſulæ, *ſemper*, *in perpetuum*, *quandocunque*, deſignant temporis infinitatem. *l. ſi ita ſtipulatus.* 55. *ff. de fidejuſſ.* Ergo ſi talis infinitas placuit contrahentibus, merito pactum eſt ſervandum, & in perpetuum, non obſtante xxx. annorum præſcriptione, competit venditori jus redimendi. Reſp. Sub diſtinctione. Aut ſimpliciter & indefinite pactum de retrovendendo adjectum eſt venditioni, & tunc juri offerendi præſcribitur xxx. annis. Aut adjecta eſt hæc clauſula, *ut quandocunque*, *vel in perpetuum offerre pretium venditori liceat*, & tunc in infinitum & omni tempore competit jus offerendi venditori. Quotieſcunque enim

im

in contractibus quid perpetuo, vel quandocunque faciendum cavetur, & contractus ſui natura eſt tranſitorius ad heredes, tunc hæ diſtinctiones abſque ullo temporis fine conſtant. *l. in hoc judicium.* 14. §. *ſi conveniat.* 2. *ff. com. divid. l. eum debere.* 33. *ff de ſerv. urb. præd.* Ita decidit *Zoannet. in tract. de pacto de retrovendendo. num.* 33. 34. 35. & ſeqq. Approbat *Fachin. lib.* 2. *controv. jur. c.* 13. *Minſ. cent.* 1. *obſ.* 16. ubi teſtatur, ſæpe ita in Camera imperiali judicatum fuiſſe. Plane conſuetudine Germaniæ præſcriptione centenaria jus luendi, quod procedit ex pacto retrovenditionis, quando adjectum eſt pactum venditioni, ut quandocunque pretium offerente venditore, liceat ei fundum recipere, extinguitur. Ita in Camera Spirenſi ſummi tribunalis imperii ſervari, & paſſim in Germania uſu receptum atteſtantur. *Minſing. obſer.* 4. *cent.* 4. *Weſemb. conſil.* 8. *num.* 9. *Gail lib.* 2. *obſerv. cap.* 38.

Assertio LXIII.

Nemo invitus cogi poteſt rem ſuam vendere, ne quidem a Principe.

Nemo invitus cogi poteſt ad rem ſuam vendendam, quia in poteſtate alicujus eſſe non debet, quaſi per rapinam ab invito domino, etiam juſto pretio rem comparare. *l. nec quaſi.* 70 *ff. de R. V. l.* 11. *ff. de R. J. l. dudum.* 14. *C. de contr. empt. l. nemo. C. de jud. l. non enim.* 9. *ff. rer. amot. l. nec emere.* 16. *C. de jur. delib. l. invitum.* 10. *C. de contr. empt.* Sed quæritur, an Princeps ſubditis invitis bona auferre poſſit, pretio exoluto. Et verius eſt quod non poſſit, quia hoc juſtitiæ eſt contrarium, quæ tanto plus in Principe neceſſaria eſt, quanto altior eſt eminentiæ ejus celſitudo. Vide *And. Gail* 2. *obſ.* 56. *Zaſ. ad l.* 2. §. *eodem tempore. ff. de orig. jur.* & *ad l. Princeps. ff. de leg. num.* 13. A quibus diſſentit *Angel.* quem ſequitur *Fabia. de monte de empt. & vend.* 3. *q. princ. num.* 39.

Objicitur *l.* 1. *C. de epiſc. aud.* & *l.* 1. §. *cura carnis.* 11. *ff. de off. præf. urb.* ubi ſtatuitur, quod providere debent Epiſcopi, ne negotiatores ultra juſtum pretium vendant res ad victum neceſſarias. Unde colligitur, quod cogi poſſint mercatores, ut juſto pretio vendant ea quæ ad victum pertinent. Reſp. Regulariter cogi non poteſt dominus ad res ſuas vendendas, exceptis rebus ad victum & alimoniam hominum neceſſariis. Quando enim civitas laborat inopia annonæ, tunc licet mercatores res victui neceſſarias venales non exponant, tamen poſſunt a magiſtratu cogi ad vendendum juſto & moderato precio, a Principe vel magiſtratu definito, ne quis res neceſſarias hominum alimentis graviſſimo pretio pro libitu vendat, & pauperes in neceſſitate poſitos nimium exhauriat. Ita in Camera imperii judicatum refert. *Minſ. cent.* 5. *obſ.* 27.

Secundo adverſatur *l. venditor.* 13. §. 1. *ff. com. præd. l. ſi pendentes.* 27. §. *ſi quid cloacarii.* 5. *ff. de uſufr.* in quibus traditur, dominum poſſe cogi non ſolum juſto, ſed etiam viliori pretio res ſuas vendere fiſco vel privato. Reſp. Hoc tum demum verum eſt, ſi juſta cauſa, puta neceſſitas vel utilitas publica, hoc poſtulat. Sic ſimiliter in *l. Lucius.* 11. *ff. de evict.* & in *l. item ſi verberatum.* 15. §. 1. *ff. de R. V.* Princeps aufert poſſeſſoribus agros ſuos, & donat militibus, modico honoris gratia poſſeſſori dato. Hoc enim facit in favorem & præmium militiæ, quia bene de repub. meriti erant milites, quod patriam ab hoſtibus liberaverant.

Tertio objicitur, quod Imperator dicitur univerſalis dominus rerum & bonorum totius mundi; unde & de bonis privatorum poteſt pro arbitrio ſuo diſponere. *l. bene a Zenone.* 3. *C. de quadrien. præſcr. l. deprecatio.* 9. *ff. de l. Rhod. de jact.* Reſp. Imperator eſt omnium dominus, quoad defenſionem, protectionem, & generale imperium, ſed non quoad plenum dominium & proprietatem rerum privatorum. Unde quæ quilibet privatus poſſidet, Principis ſunt nudo imperio, ſingulorum vero dominio. *Coſtal. ad d. l. item ſi verberatum.*

Huc pertinet *l. dudum.* 14. *C. de contr. empt.* quæ dominis permittit liberam poteſtatem res ſuas vendendi, cuicunque velint; nec poſſint conſortes & proximi venditoris conſanguinei extraneum ab emtione ſubmovere. Tollitur ergo ea lege jus πϱοτιμήσεως ſeu prælationis. Cui opponitur *l. unic. C. non lic. habitat. metrocom. ſua loca ad extr. transf.* quæ docet, vicanum qui fundum venalem habet, debere convicanum præferre extraneo emtori. Itaque illa lex admittit & probat jus πϱοτιμήσεως. Reſp. Imp. generaliter ſuſtulit in *d. l. dudum.* jus πϱοτιμήσεως, ne ſocii vel propinqui præferantur extraneis emtoribus. Addit tamen, *niſi lex ſpecialiter prohibuerit quaſdam perſonas vendere res ſuas quibus voluerint.* Sic lex ſpecialiter tribuit convicanis, ut habeant jus πϱοτιμήσεως adverſus convicanum. Sicut etiam dominus adverſus emphyteutas, qui jus ſuum vendere volunt, habet jus prælationis. *l. ult. C. de jur. emph.* propinqui vero & ſocii hoc jus non habent, ex conſtitutione, *l. dudum.* niſi ex pacto. *l. qui Romæ.* 122. §. *coheredes.* 3. *ff. de V. O.* Poſtremo in feudis hoc jus πϱοτιμήσεως renovatum eſt, & conceſſum eſt proximis agnatis feudum ab agnato venditum, pro eodem pretio, quo venditum eſt, ad ſe retrahere. *lib. 2. feud. tit.* 3.

ASSER-

ASSERTIO LXIV.

Venditor etſi fundum ſimpliciter vendat, tamen eum liberum ab omni ſervitute præſtare tenetur.

DUbitationem habet, an ſi venditor ſimpliciter fundum vendat, teneatur eum liberum præſtare? Nam ex *l. cum venderes. 59. ff. de contr. empt.* dicendum videtur, ſi non dixit venditor, *ſe fundum vendere liberum, vel uti optimus maximuſque eſt*, de ſervitute eum omnino non teneri. Dicit enim eo caſu *Celſus in d. l. 59. non liberum fundum, ſed qualis eſſet, præſtari oportere*; quaſi venditor ignorans ſervitutem, & non aſſerens eſſe liberum, teneri non debeat. Verum hoc caſu teneri venditorem, colligitur ex eo, quod generaliter dicitur, ſi evincatur ſervitus, quanti minoris ob id prædium eſt, litem æſtimandam. *l. ſed etſi. 15. §. 1. ff. de evict. l. quoties. 61. ff. de ædil. edict.*

Obſtat *d. l. cum venderes.* & *l. penult. ff. de evict.* quæ fundo ſimpliciter vendito, ajunt venditorem emergentibus poſtea ſervitutibus de evictione non teneri. Reſp. Non tenetur venditor ob ſervitutem emergentem emtori actione de evictione ad duplum, vel actione ex emto in id quod intereſt; ſed æſtimatoria actione tantum tenetur, quanti minoris emiſſet emtor, ſi ſervitutem hanc impoſitam ſciviſſet. *d. l. ſed etſi, §. 1. l. in venditione. 41. ff. de act. empt.* Excipiuntur duo caſus: Primo ſi fundus venditus ſit, *uti optimus maximuſque eſt.* tunc enim de evictione actio competit, non quanti minoris. *l. cum fundus.* 48. & *l. penult. ff. de evict.* Secundo ſi ſciens dolo malo vendidit ignoranti, quo caſu etiam eſt actio ex empto in omne id quod intereſt, ratione doli. *l. 1. §. 1. ff. de act. empt. Duaren.* & *Cujac. ad. l. 38. §. ſi quis forte. ff. de V. O.* & *lib. obſ. 2. c. 20. Gomez. de empt. & vend. num. 45.*

ASSERTIO LXV.

Res ex mea pecunia emta, non eſt mea, ſed ementis.

QUod emtum eſt ex mea pecunia, meum non eſt. *l. 6. C. de R. V.* ubi dicitur, ſi is apud quem depoſui pecuniam, emat ex ea prædia quædam, ipſique tradita ſint, ad ea vindicanda non dabitur mihi, cujus fuit pecunia, actio, ſed emtori. Hinc res quæ ex dotali pecunia comparata eſt, non eſt dotalis, nec uxori, ſed marito acquiritur. *l. ex pecunia. 12. C. de jur. dot. l. ult. C. de ſerv. pign. dato manumiſſo.*

Objicitur *l. res quæ. 55. ff. de jur. dot.* ubi dicitur, quod res quæ a marito ſunt emtæ ex pecunia dotali, ſint mulieris, cujus fuit pecu-

 nia.

nia. Reſp. Datur mulieri utilis vindicatio, ſi maritus ex ejus pecunia dotali rem aliquam emit, eo demum caſu, quando maritus non eſt ſolvendo, ne mulier amittat dotem, alioqui tantum datur uxori contra maritum pro reſtituenda pecunia de dote actio. *l. uxor marito. 55. ff. de don. int. vir. & uxor. Coſtal. ad d. l. 55. Cujac. lib. obſ. 5. c. 29.* Aliter reſpondet *Guibertus in tractat. de dotib. c. ult.* nimirum quod dicitur in *l. ita conſtante.* 26. & *l. res qua. 55. ff. de jur. dot.* res ex pecunia dotali emtas effici dotales, hoc ita eſſe accipiendum. cum ſic pecunia doti datur, ut in emtionem prædiorum erogetur. Alioqui res emta ex pecunia ſimpliciter in dotem data non erit dotalis.

Secundo adverſatur *l. ſi ut proponis.* 8. *C. de R. V.* ubi dicitur, quod ſi quis emit rem aliquam ex pecunia militis, militi detur utilis rei vindicatio. Reſp. Hoc ſpeciale eſt in milite: hujus enim pecunia ſi quis quid emat ſuo nomine, non emtor, ſed ipſe miles erit dominus rei emptæ. Quod etiam recte extendunt DD. ad bona emta ex pecunia pupilli & minoris, ut dominium eorum ad ipſos pupillos & minores pertineat, per *l. 7. ff. qui pot. in pign. l. 2. ff. quand. ex fact. tutor. vel curat. minor. &c. l. 3. C. arbitr. tutel.* Notant *Gl. & DD. in d. l. 8. Coſtal. ad l. 26. ff. de reb. cred.*

ASSERTIO LXVI.

Non eſt neceſſe mercedem locationis conſiſtere in pecunia numerata, contra communem DD. ſententiam.

Locationis merces non ſolum in pecunia numerata conſiſtit, ſed etiam in iis rebus, quæ pondere, numero & menſura conſtant: verbi gratia, ſi ea lege ager elocetur, ut quotannis certæ menſuræ vini, aut certi modii frumenti mercedis nomine perſolvantur. *Mercedis* enim vocabulo, quo paſſim in materia locationis utuntur JCti, apud bonos auctores non intelligitur pecunia numerata tantum, ſed generaliter quodcunque præmium, quod pro labore aut ſtipiendio alicui datur. *Varro lib. 2. de ling. latin. Coraſ. lib. 2. miſc. c. 11.* Probatur etiam hæc ſententia per *l. ſi olei. 21. C. locat.* cujus hæc ſunt verba: *Si olei certa ponderatione fructus annuos locaſti, de contractu, ob hoc ſolum, quod alter majorem ponderationem obtulit, recedi non oportet.* Ubi communis interpretum intellectus merito reprobatur, qui exponunt verbum *locaſti*, id eſt, uſui conceſſiſti, ut ſit de contractu innominato, *facio ut des*, non de locatione loquatur: quia cum titulus ſit inſcriptus de locatione, facit ut conſtitutiones omnes inſertæ de eodem contractu accipiantur. Præter ea non agi illic de contractu innominato, alia ratione liquet, nempe quod in *d. l. ſi olei.* ſanciat Imp. quod in ea ſpecie contractus partes non poſſint pœnitere; quod eſt contra naturam contra-

tractuum innominatorum, in quibus permittitur alteri contrahentium a contractu per pœnitentiam recedere. *l. ſi pecuniam. 5. ff. de cond. cauſ. dat. &c.* Comprobant hanc ſententiam *Weſemb. in parat. ff. locat. num. 7. Cujac. ad l. 35. §. 1. ff. locat. ad African. Pinel. ad l. 2. C. de reſc. vend. part. 2. rubr. c. 3. num. 28. Vultej. ad §. praeterea. num. 18. inſt. locat.* Adde quod in *d. l. ſi olei.* dicitur hunc contractum, ubi ager eſt elocatus pro certis olei ponderibus eſſe bonæ fidei. Unde apparet aperte locationem ibi contractam, non vero initum contractum *facio ut des*, quia ille eſt ſtricti juris, non bonæ fidei, arg. §. *actionum. 28. inſt. de action.*

Objicitur *l. naturalis. 5. §. at cum do. 2. ff. de praeſcr. verb.* ubi dicitur, in locatione pecuniam requiri, ſicut in emtione, in qua certum eſt pecuniam numeratam deſiderari. Reſp. Non per omnia inter locationem & emtionem ſimilitudo ibi inſtituitur, ſed hic eſt ſenſus ejus loci, quod ſicut conventione certæ mercis & pecuniæ emtio contrahitur, ita ex conventione pecuniæ dandæ pro facto quod locari ſolet, naſcitur locatio: Non autem ibi dicitur, quod de ſubſtantia locationis ſit pecunia numerata, ſed quod uterque contractus ſola conventione contrahatur: emtio ſcilicet, ſi de merce & pretio convenit; locatio vero, ſi de pecunia danda pro facto quod locari ſolet, convenit. In hoc tantum caſu hi duo contractus conferuntur, non in aliis. Nullum ſimile eſt idem. *Pinel. ad l. 2. C. de reſc. vend. part. 2. rubr. c. 3. num. 28.* & ſeqq. uſque ad finem.

Secundo adverſatur *l. 1. §. ſi quis ſervum. 9. ff. depoſ.* ubi dicitur, ſi pecunia non intervenit in locatione, præſcriptis verbis actionem dari. Ergo quoties merces locationis non intervenit in pecunia numerata, cenſetur contractus innominatus, ex quo competit præſcriptis verbis actio. Reſp. Ibi pecunia ſpecies quidem excludit, attamen comprehendit, quæ pondere, numero & menſura conſtant. Nam & *pecuniæ* verbum plerunque accipi ſolet pro rebus fungibilibus. *l. 2. §. creditum. 3. ff. de reb. cred. l. 2. C. de conſt. pecun.* Verius itaque eſt mercedem locationis non ſolum in pecunia numerata, ſed etiam in rebus fungibilibus conſiſtere poſſe, hoc eſt, in rebus, quæ pondere, numero & menſura conſtant. Diſſentiunt *Fachin. lib. 1. controv. jur. c. 82. Giphanius ad §. præterea. inſt. de locat. & conduct.*

ASSERTIO LXVII.

Ex conductione decennii non tranſit utile dominium.

TRadunt communiter DD. quod ex locatione decennali, aut longiori tempore facta utile dominium transferatur in conductorem. arg. *l. ult. ff. ſi ag. vect. pet.* Ita tradunt *Ferra. in for. libel. ad fiſci praeſentationem,* in verbo, *inveſtivit.* Sed hæc ſententia

merito a Connano improbatur. Nam locationis hæc eſt natura, ut non transferatur ex ea dominium, ut aperte traditur in *l. non ſolet.* 39. *ff. locat.* & *l.* 2. *C. de præſcr.* 30. *ann.* ubi dicitur, quod conductoribus longiſſimi temporis, puta 30. annorum, non procedat præſcriptio, tanquam alienæ rei poſſeſſoribus. fac. *l. non ſolet.* 45. *ff. de reg. jur.*

Sed objicitur *l. ult. ff. ſi ag. vect. pet.* ubi ex longi temporis conductione datur utilis actio in rem conductori: ergo transfertur utile dominium. Reſp. Hoc verum eſt in eo caſu, quando non ſimplex locatio contracta eſt, ſed conventum eſt, ut negotium transſeat in aliam ſpeciem contractus, puta emphyteuſin, vel ſuperficiarium contractum: tunc enim utile dominium tranſit in accipientem.

Secundo adverſari videtur *l.* 1. §. *quod ait.* 3. *ff. de ſuperfic.* ubi traditur, ei qui ad non modicum tempus conduxit ſuperficiem, actionem in rem competere. Reſp. Prætor non indiſtincte ex locatione ſuperficiei longo tempore facta, concedit actionem in rem, ſed cauſa cognita; quando ſcilicet quis ea lege in alieno ſolo ſuperficiem conduxit, ut ibi ædificare ei liceret. Nam ædificatio non recte fit, niſi a domino, §. *cum in ſuo.* 29. *inſt. de rer. diviſ.* Quare cui ædificandi jus conceditur, illi utendæ rei jus pro arbitrio, atque ita utile dominium concedi videtur. Approbat hanc deciſionem *Weſemb. in parat. ff. locat.*

Assertio LXVIII.

Emtor, legatarius, & alii ſingulares ſucceſſores, non tenentur ſtare conductioni, niſi conventum ſit.

Deciſio hæc aperte tradita extat in *l. emtorem.* 9. *C. loc.* & *l. qui fundum.* 32. ubi eleganter Coſtalius. *l. ſi merces.* 25. §. 1. *ff. locat.* Ratio decidendi hæc eſt, quia colonus nullum jus habet in re conducta, ſed ſolum perſonam locatoris habet obligatam: quæ obligatio perſonalis non ſequitur emtorem, vel alium ſingularem ſucceſſorem. Unde nec emtor tenetur ſtare locationi a venditore factæ. Et hoc eſt quod vulgari & uſitato dicitur axiomate: *Koop gaat voor huer.* Quod ſi colonus haberet jus in re, utputa ſi ad longum tempus conduxiſſet, tunc ei emtor teneretur ſtare. Cum enim habeat utilem actionem in rem ad vindicandum, multo fortius dabitur ei poſſidenti exceptio. *l.* 1. §. *quia autem.* 6. *ff. de ſuperfic. Bart. in d. l. emtorem.* Eleganter & late *Covarruv.* 2. *tomo var. reſol. c.* 15. ubi aliquot proponit limitationes hujus aſſertionis. Adde *Guidonem Pap. deciſ.* 380. *Gomez. in var. reſol. cap. de locat. & conduct. num.* 9.

Sed adverſatur *l. filiofam.* 25. §. *ult. ff. ſolut. matr.* ubi locationi fundi

fundi dotalis factæ per maritum, uxor diremto matrimonio ſtare tenetur, quia tenetur marito cavere de indemnitate, ſi ante finitum tempus conductionis expellat colonum, & forte maritus damnatus ſit colono ad intereſſe, quod non potuerit integro conductionis tempore uti: uxor, inquam, cavebit marito, quod ei refundet, quicquid colono pro intereſſe ſolvit, quod toto tempore fundo non potuerit uti. Ergo uxor, quæ eſt ſingularis ſucceſſor mariti ex cauſa dotis, tenetur ſtare locationi per maritum factæ. Reſp. Uxor quidem non tenetur præciſe ſtare locationi a marito contractæ, quia poteſt colonum expellere; ſed tamen ſi præfracte jure ſuo utatur, cogitur marito cavere de indemnitate, ut, ſi illi ob non ſervatam conductionem reliquorum annorum damnatus ſit, quod ipſa hoc damnum ei reſarciet. Cujus juris hæc eſt ratio, quod tempore matrimonii eſt communis quædam ſocietas inter conjuges. *l. 1. ff. de rit. nupt. l. 1. ff. rer. amot.* & maritus bona fide adminiſtravit bona dotalia, ideoque uxor tenetur ſtare locationi, quantum ad maritum, non autem quantum ad colonum. *Caſtren. in d. l. filiofam. §. ult. ff. ſolut. matr.*

Additur in theſi, quod ſi tempore venditionis fuit conventum inter emtorem & venditorem, quod colonus non poſſit expelli, tunc colonus invitus ab emtore non expelletur. Quæ exceptio additur in *d. l. emtorem.* Cujus exceptionis hæc eſt ratio, quia contractus ex conventione legem accipiunt. *l. 1. §. ſi convenit. 6. ff. depoſ. l. contractus. 23. ff. de R. J.*

Sed huic limitationi adverſatur, quod ſtipulatione alteri per alterum non quæratur obligatio vel actio. *l. 38. §. alteri. 17. ff. de V. O.* Ergo neque hoc pactum venditoris cum emtore initum prodeſt conductori. Reſp. Cum illa perſonali actione concurrit jus reale retentionis, quam habet conductor in fundo conducto, per quam detentionem acquiritur illi jus exceptionis ex pacto. *Gomez. tomo 2. var. reſol. c. 3. num. 9. Godæus ad l. facere. 189. ff. de V. S. Oldend. cl. 4. act. 9.* Porro hæc deciſio non procedit in colono partiario; nam huic emtor tenetur ſtare in conductione contracta. Ratio eſt, quia in talem colonum tranſit quodammodo dominium. *l. ſi merces. 25. §. vis. major. 6. ff. locat.* Ita tradit *Socin in fallent. reg. 21.* Poſtremo ſciendum, quod emtor qui a fiſco fundum emit, non poteſt expellere colonum, cui fiſcus fundum locavit. Quod ſpecialiter favore fiſci eſt receptum, ne fiſcus colono teneatur ad intereſſe. *l. ult.* verſ. *Papinianus. ff. de jur. fiſc.*

ASSER-

Assertio LXIX.

Ex contractu facio ut des, *oritur præſcriptis verbis actio.*

EX contractibus innominatis, qui ſunt quatuor, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, & *facio ut facias*, oritur præſcriptis verbis actio: quæ ideo ſic dicta eſt, quod detur ex præſcripto conventionis, vel uti convenerit inter contrahentes, ſi ſcriptum non ſit. *l. cum mota.* 6. *C. de tranſact. Cujac. ad inſtitut. de locat. & cond.*

Sed dubia valde eſt quæſtio, an ex contractu *facio ut des*, hæc actio competat: in qua ipſi juris auctores inter ſe non conveniunt. Nam in *l.* 5. §. *quod ſi faciam.* 3. *ff. de præſcr. verb.* Paulus reſpondit: *Si faciam ut des, & poſteaquam feci, ceſſas dare, nulla eſt civilis actio, ſed de dolo datur.* Contrarium decidit Ulpianus in *l. ſolent.* 15. *ff. eod.* ubi tradit, in hac ſpecie, *ſi tibi ſervum tuum fugitivum indicavi, mihi x. dares*, competere actionem præſcriptis verbis, qui tamen eſt contractus *facio ut des.* Quod apertius traditur in *l. ſi tibi.* 22. *ff. eod.* ubi traditur in hac ſpecie, *ſi tibi dederim veſtes meas poliendas aut ſarcien las, ut cum eas ſarciviſſes, tantum tibi darem, quantum inter nos poſtea ſtatutum eſſet*, ſi feciſti quod convenerat, neque do quicquam, aut non do æquum, dari tibi contra me præſcriptis verbis actionem: in quo tamen caſu contractus *facio ut des*, initus eſt.

In conciliatione hujus antimoniæ veriſſima eſt diſtinctio *Accurſ. in d.* §. *quod ſi faciam.* communiter approbata a DD. Aut ex facto meo tibi nihil adeſt, nihil ad te acceſſit, veluti *ſi ſervum meum manumiſi, ut mihi des decem.* ex tali manumiſſione nihil ad te pervenit; & tunc actio præſcriptis verbis ceſſat, ſed de dolo actio datur. *d.* §. *quod ſi faciam.* Aut tale eſt factum, ex quo aliquid ad te accedit, veluti *ſi decem quæ mihi debebas, ea conditione acceptatuli, ut mihi annulum dares*; & tunc competit præſcriptis verbis actio. *l. ob eam.* 9. *ff. de præſcr. verb.* Unde ſimiliter in ſpecie ſupra propoſita de opera ſuſcipienda in veſtibus reſarciendis, aut expoliendis, pro mercede poſtea conſtituenda, eandem actionem competere perſpicue Gajus reſpondit in *d. l. ſi tibi.* Hanc ſententiam tuetur quoque & amplectitur *Hotom. in* §. *actionum. inſt. de act.* Sequitur *Coſtal. ad l. naturalis.* §. *quod ſi faciam. ff. de præſcr. verb.* ubi notat ab hac communi opinione non eſſe recedendum: quia Neotericorum ſententiæ habent divinationem, & nihilo vetere ſunt probabiliores. Deinde *in obſcuris potior eſt antiquitatis cauſa, quod ea* (ut dicebat Pythagoras) *propius accedat ad Deum, & non ita vulgi opinionibus ſit corrupta.*

Secundo adverſatur *l.* 4. & *l. ſub prætextu.* 1. *C. de tranſact.* ubi dicitur, quod ex tranſactione quæ per acceptilationem inita eſt, com-

competat actio de dolo, & nulla alia competit ei, cujus in tranſigendo fuit actio extincta, cum tamen ibi initus ſit contractus *facio ut des*, & quidem talis, ex quo ad adverſarium magna utilitas pervenit; ſcilicet remiſſio litis. Quæ leges iterum pugnant cum *l. cum mota.* 6. *C. eod.* ubi traditur, ex tranſactione, præſcriptis verbis actionem competere. Reſpondent communiter DD. in *d. l.* 4. & *d. l. ſub prætextu.* creditorem ad tranſigendum dolo fuiſſe inductum, quo caſu actione extincta, actio de dolo tantum locum habet. Vel melius ex ſententia Donelli ita reſpondendum. Aut agitur de eo quod ante petere potuimus, retractando, & tunc nulla reſtat niſi actio de dolo. Aut actor conſequi id vult quod tranſactionis cauſa promiſſum ſibi eſt, & tunc datur præſcriptis verbis actio. *d. l. cum mota.* Diſſentiunt ab hac opinione *Cujac. ad l.* 7. *ff. de pact.* qui ſtatuit, ex contractu *facio ut des* non oriri actionem civilem præſcriptis verbis, ſed de dolo tantum, & in factum actionem prætoriam competere. Vide *Donel. in tractat. de præſc. verb. c.* 2. & *ſeq.* qui tradit ex contractu *facio ut des* omnibus caſibus competere actionem præſcriptis verbis. *Contius lib.* 1. *jur. diſput. c.* 13. hanc legum pugnam ita conciliat, ut dolo non interveniente ſola præſcriptis verbis actio locum habeat. *d. l.* 5. §. 2. verſ. *ſed ſi dedi.* & *d. l. ſolent.* 15. *ff. de præſcr. verb.* dolo vero interveniente ſola actio de dolo competat, nec ullo caſu concurrat actio præſcriptis verbis cum actione de dolo. *l.* 7. in princ. *ff. de pact.* Vide *Coraſ. lib.* 2. *miſcel. c.* 10. ubi etiam late & perſpicue probat, ex contractu *facio ut des* oriri actionem præſcriptis verbis, ſicut ex reliquis contractibus innominatis.

ASSERTIO LXX.

Re aliena obligata creditori ſcienti, non convaleſcit pignus, dominio debitori poſtea ſuperveniente.

QUæſtio eſt difficilis, An convaleſcat pignus, ſi debitor rei alienæ, quam obligavit, poſtea fiat dominus? Et diſtinguendum eſt inter creditorem ſcientem & ignorantem. Si ſcivit rem fuiſſe alienam, difficilius creditori confirmatur pignus, ait *Papinianus in l.* 1. *ff. de pign. difficilius*, id eſt, omnino non, ut *Gl.* & *DD.* interpretantur. Creditori igitur ſcienti non dabitur hypothecaria.

Non obſtat, quod impedimentum rei alienæ, quo fiebat, ne res aliena pignori obligari poſſet, ſublatum ſit per dominium debitori acquiſitum, quia non ſufficit ad conſtitutionem pignoris, debitori dominium aliquando ſupervenire: ſed ut pignus recte contrahatur, requiritur præciſe, ut pignus tempore conventionis in bonis debitoris fuerit. *l. & quæ nondum.* 15. §. 1. in verb. *cum conveniebat. ff. de pign.* Si ignoravit creditor rem eſſe alienam, ex

æqui-

æquitate utilis perſecutio exemplo pignoratitiæ creditori datur. *l. cum res.5.C.ſi alien.res pign.dat.ſit.* Ratio diverſitatis inter creditorem ſcientem & ignorantem eſt, quod creditori ignoranti rem alienam pignori datam, competat contraria pignoratitia contra debitorem, ad pignus magis idoneum ſubſtituendum. *l. tutor.* 16. §. *contrariam.* 1. *ff. de pign. act.* Igitur æquitas ſuadet, ut eo caſu hypotheca confirmetur. Creditor autem doloſus, & ſciens rem alienam ſibi dari in hypothecam, non poteſt contrario judicio agere ad conſtituendum aliud pignus. *d.* §. *contrariam.* Igitur æquitas, quæ nequaquam pro doloſo militat, non dictat hypothecam confirmari, ne ad hoc quidem, ut utilis actio adverſus debitorem detur. *Bart. in d. l.* 1.

Alii contrarium exiſtimant, utilem actionem hypothecariam creditori ſcienti contra debitorem dari, ſi debitor rem obligatam teneat, & exponunt verbum *difficilius*, cum temperamento; quaſi dicat JC. difficile quidem actionem utilem dari, nihilominus tamen hoc uno caſu dari. Moventur hac ratione, quod turpe ſit debitori allegare, ſe rem alienam obligaſſe, & ſic propriam turpitudinem detegere; atque incivile ſit, quod debitori ſemel placuit, cum præſtare non poſſet, jam cum potuit præſtare, diſplicere & præſtare nolle. Sed hæc opinio merito reprobata eſt a *Bartolo* & *Fulgo. in d. l.* 1. quos ſequitur *Muda. in tract. de pign. c.* 2. & *Donel. de pign. c.* 9. Nam ſi interpretemur verbum *difficilius*, pro *ægrius*, quaſi JC. velit, difficulter quidem datur, ſed tamen datur contra ipſum ſaltem debitorem hypothecaria actio, reſultabit ex ea interpretatione maxima abſurditas, ut videlicet fateri cogamur, promiſcue actionem hypothecariam dari creditori ſcienti, & ignoranti rem fuiſſe alienam. Quod tamen contra mentem Papiniani eſt in *d. l.* 1. qui ſcientem creditorem ab ignorante diſtinguit, in verb. *qui non ignoravit alienum*, a contrario ſenſu, & contra *d. l. cum res.* ubi dicitur, exemplo pignoratitiæ utilem hypothecariam dari, id eſt, non alii utilem hypothecariam dari, quam cui datur contraria pignoratitia actio. Certiſſimi autem juris eſt, creditori ſcienti pignus alienum fuiſſe, contrariam pignoratitiam non dari. *d.* §. *contrariam.* Ergo multo minus dabitur hypothecaria. Cum igitur creditori ſcienti contraria pignoratitia non detur, conſequens eſt nec hypothecariam dari: niſi quæ magna ratio ſuadeat eſſe dandam, puta ſi nominatim id convenit, aut appareat debitorem creditoremque id ſenſiſſe. *Donel. d. loco.* Nec ab hac opinione dimovet nos, quod ſupra de detegenda propria turpitudine objectum eſt, cum etiam ignorans debitor alienam rem creditori ſcienti obligari potuit.

Objicitur autem huic diſtinctioni *l. rem alienam.* 41. *ff. de pign. act.* ubi indiſtincte traditur, ſi debitor qui rem alienam pignori dedit, poſtea ejus rei dominus factus eſt, dari creditori utilem actionem pignoratitiam; nec adhibetur diſtinctio, an creditor ſciverit

verit an ignoraverit. Reſp. Licet in principio legis generaliter JC. loquatur, tamen ex ultimis verbis legis apparet eum de creditore ignorante loqui. Nam in fine dicit: *ſi convenit de pignore, ut ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit, quo minus utilis actio moveatur.* Quæ verba tantum de debitore, qui creditori ignoranti rem alienam pignori dedit, exaudiri poſſunt. Ille enim ex mendacio ſuo argui tantum poteſt, qui ignorantem adverſarium decepit mendacio, non is, qui rem alienam ſuam eſſe aſſerens pignori dedit, creditore id ſciente falſum eſſe. Qui enim ſciente adverſario quid falſum aſſerit, non dicitur eum decipere. *l. qui ſe liti. 45. ff. de pet. hered. Donel. d. loco.* Vide de hac quæſtione latius & plenius differentem *Anton. Fabrum lib. 20. conject. cap. 17.*

ASSERTIO LXXI.

Species pignoris, quæ ἀντίχρησις appellatur, licet præſcriptum a legibus uſurarum terminum egrediatur, illicita non eſt.

ANTIXPHΣIΣ eſt ſpecies quædam pignoris, qua ea conditione res pignori datur, ut creditor percipiat fructus in vicem uſurarum, donec ſolvat pecuniam debitor. *l. 11. §. 1. ff. de pign. l. pecuniam. 33. ff. de pign. act.* Eaque conventio valet, etiamſi perceptio fructuum legitimum uſurarum modum excedat, propter duas rationes. Primo propter incertum fructuum proventum, quia, cum uno anno plus, altero minus naſcatur, ſi forte pauciores fructus colligat creditor ex agro pignorato, quam legitimarum uſurarum modus efficiat, contentus iis eſſe cogitur. Ideoque ſi & uberiores fructus producat ager, debet hoc cedere lucro creditoris. Altera ratio eſt incertum fructuum pretium, quia eorum pretia pro locorum & temporum varietate mutantur: atque ita fit, ut fructus aliquando excedant legitimarum uſurarum modum, quandoque uſuræ ampliores ſint fructibus. Hæc inquam fructuum incerta æſtimatio, & dubius eorundem proventus antichreſin permiſit. *l. ſi ea leg. 17. l. ſi ea pactione. 14. C. de uſur.* Similiter & propter incertum fructuum pretium & proventum hæc pactio admittitur, ut fructibus, puta oleo, frumento, vino, creditis, acceſſiones ſive uſuræ ejuſdem materiæ ſupra legitimum modum admittantur. *l. oleo. 23. C. de uſur.*

Huic autem concluſioni graviter obſtat *l. cum debitor. 8. ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* ubi Paulus ſcribit: *Cum debitor gratuita pecunia utitur, poteſt creditor de fructibus rei ſibi pignoratæ ad modum legitimum uſuras retinere.* in qua lege non conceditur antichreſis, niſi ad legitimum uſurarum modum. Reſpondendum, dupli-

plicem eſſe antichreſin, tacitam & expreſſam. Tacita eſt, quando debitor pecunia mea gratuito utitur, & uſuras ab eo ſtipulatus non ſum: cujus beneficii penſandi gratia tradit mihi agrum pignori, ut fructus uſurarum vice pecipiam. In hac tacita antichreſi, intra modum tantum legitimum uſurarum, quaſi tacito conſenſu creditor fructus percipiet. Itaque *d. l. cum debitor.* tacitæ antichreſis exemplum ponit, quod ipſe etiam titulus exigit, qui eſt de tacitis pignoribus. Antichreſis expreſſa eſt, quando nominatim creditor ſtipulatur uſuras pecuniæ mutuo datæ, & loco uſurarum debitor concedit creditori, ut fruatur fructibus prædii oppignorati. In hac expreſſa antichreſi fructus ſuperare modum uſurarum poſſunt, in tacito non item. Eleganter *Cujac. lib. obſ.* 3. *c.* 35. & *lib.* 8. *c.* 17. *Pacius ad l. ſi ea lege.* 17. *C. de uſur. Borcholt. in tract. de uſur. c.* 6. *num.* 5. *Anton. Faber in error. pragmat. decade* 1. *errore* 5. & 6. Diſſentit *Donellus in tract. de uſur. c.* 4.

ASSERTIO LXXII.

Invecta in prædium urbanum tacite pignori ſunt obligata, non autem in prædium ruſticum, contra communem DD. ſententiam.

INvecta ab inquilino in prædium urbanum, ut perpetuo ibi ſint, ſine ulla conventione tacite cenſentur locatori ædium juris auctoritate eſſe obligata, pro mercede domus. Diverſum eſt in prædiis ruſticis: nam invecta & inducta in prædium ruſticum non ſunt tacite obligata, ſed tum demum, ſi nominatim convenit inter colonum & prædii dominum: fructus enim tantum, qui ibi nati ſunt, tacite pignori ſunt obligati ob mercedem locationis. *l. eo jure.* 4. *l. in prædiis.* 7. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr. l.* 3. & 5. *C. eod.* §. *interdictum. inſt. de interd.* Ratio diverſitatis ſumenda eſt ex moribus Pop. Rom. Solebant apud Romanos in prædiis ruſticis nata pro mercede agri obligari, in urbanis autem prædiis invecta illatave. *l. ſi ſervus.* 61. §. *locavi.* 8. *ff. de furt.* Quod autem erat in more poſitum, paulatim in jus tranſiit. arg. *l.* 1. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l.* 1. *ff. de don. int. vir. & ux.* Hanc rationem diverſitatis *Duaren.* & *Cujac.* reddunt *ad l.* 4. *ff. de pact. Donel. in tract. de pact. c.* 4. hanc adfert rationem, cur invecta in prædium ruſticum non ſint tacite pignori obligata, quia locatori pro penſione agri ſatis ſit cautum fructibus, quos pignori eſſe diximus: hi cum nulli in urbanis prædiis naſcantur, neceſſe fuit, ſiquidem ulla re caveri vellemus locatori, invectis & illatis cautum eſſe. Adde quod ruſtici plerunque invehere ſolent in prædia ruſtica inſtrumenta ad agriculturam pertinentia, puta raſtra, aratra, ligones, boves aratorios, quæ ſunt privilegiata, & pignori capi non poſſunt. *l. pignorum.* 8.

&

& *auth.ſeq. C. quæ res pign, obl. poſſ. Accurſ. in* §. *item Serviana. inſt. de actîon.* hanc rationem reddit, cur invecta & illata in prædium ruſticum non ſint tacite obligata domino prædii pro mercede locationis, puta ſancta ruſticitas omnia palam habet, & nihil occultum relinquit, ſed inquilinus multa etiam clam apportat, quæ dominus ignorat.

Non obſtat *l. certi juris.* 5. *C. locat.* ubi dicitur, *quæ coloni voluntate dominorum in fundum conductum invexerunt, pignoris jure teneri.* Ibi enim *voluntatis* nomine ſignificatur expreſſa conventio, hoc eſt, quando nominatim inter colonum & dominum prædii convenit, ut inducta in prædium ruſticum pignoris jure teneantur, tunc pignori erunt. Ad quid enim de voluntate domini induci exigimus, niſi de inductis pactio aliqua facta fuerit? *voluntatis* enim verbum pactionem quoque expreſſam denotat. *l. Pomponius* 2. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* Ita conciliant hanc antinomiam *Menoch. in tract. de interdict. remed.* 3. *adipiſ. poſſeſ. quæſt.* 4. *Coraſ. ad* §. *item Serviana. inſt. de action. Connan. lib.* 4. *comment. jur. civ. cap.* 16. *num.* 5. *Charondas lib.* 3. *veriſimilium jur. c.* 15. *Baro ad d.* §. *item Serviana. inſt. ad act. Baro, Duarenus* & *Cujacius ad l. ff. de pactis.* Diſſentiunt communiter DD. ad §. *item Serviana. inſt. de action. Neguzan. de pignor. part.* 2. *memb.* 4. *num.* 147. qui ſtatuunt indiſtincte & communiter tam invecta, & illata in prædium ruſticum a colonis, quam inducta in prædium urbanum tacite domino prædii pignori obligari, licet nulla de hiſce bonis allatis in prædium ruſticum intervenerit conventio. Objicitur huic aſſertioni *l.* 3. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* ubi dicitur, ſi horreum ſit conductum, etiam ex tacita conventione invecta & illata eſſe pignori. Reſp. Horreum etiam in jure accipitur pro prædio urbano, in quod homines pretioſiſſimam partem ſuorum bonorum apponunt. *l.* 3. §. *effractura.* 2. *ff. de off. præf. vig. l. pediculis.* 32. §. *item cum quæreretur.* 4. *ff. de auro & arg. leg.*

ASSERTIO LXXIII.

Quando nihil pactum eſt de diſtrahendo pignore, creditor nihilominus poſt unam denuntiationem, pignus ſtatim vendere poteſt.

SI inter creditorem & debitorem nihil convenit de diſtrahendo pignore, tunc debitore ceſſante in ſolutione, poſtquam creditor ſemel denunciavit debitori venditionem pignoris, ſtatim & ſine ulteriori temporis expectatione pignus diſtrahere poterit. *l.* 4. *ff. de pign. act.* & ibi *Coſtal. l.* 4. *C. de diſtr. pign.* Volunt autem vulgo interpretes hoc jus emendatum eſſe per conſtitutionem Juſtiniani in *l. ult. C. de jur. dom. imp.* & putant, non ante biennium, poſtquam eſt

debitori facta venditionis denuntiatio, poſſe pignus diſtrahi. Sed verior & probabilior eſt ſententia, non eſſe jus vetus conſtitutione Juſtiniani emendatum: Primum, quia durum & iniquum videtur, ut creditor qui jure pignoris rem poſſidet, tam longum tempus expectare cogatur, nec ante poſſit jus ſuum conſequi. Deinde conſtitutio Juſtiniani ad eos tantum pertinet, qui jus dominii in pignore impetrare volunt, ut non ante biennium id impetrare poſſint; biennio autem exacto non ſtatim poſſint, ſed prius rem venum exponere, & diſtrahere ſi poſſint, experiri cogantur. ſi non poſſint, ut ſi pignus emtorem non reperiat, tum deinde a Principe impetrare poterunt, ut pignus jure dominii poſſedeatur. Et hujus ſententiæ hoc eſt evidens argumentum, quod Imp. initio ejus conſtitutionis proponat, ſe formam in jure dominii impetrando mutare velle: unde non efficitur, idem eſſe obſervandum in eo caſu quando ſolum pignus diſtrahere vellet. Hæc erudite diſſerit contra communem ſententiam. *Donel. in tract. de pignor. c. 12. de diſtr. pign.*

Assertio LXXIV.

Qui priorem habet generalem hypothecam, creditori poſteriorem generalem hypothecam habenti in bonis poſt utramque obligationem quæſitis præfertur.

Cum generalis hypotheca non ſolum præſentia, ſed etiam futura bona comprehendat. *l. ult. C. quæ res pig. obl. poſſ.* quæſitum eſt, an in iis bonis, quæ poſt ſecundam obligationem acceſſerunt, etiam prior creditor præferatur. Et verius eſt, præponendum eſſe eum qui priorem hypothecam habuit etiam in bonis poſtea quæſitis. textus in *l. ult. ff. qui pot. in pign.* Itaque ſi Titius primum mihi omnia ſua bona generaliter obligavit, deinde etiam tibi generaliter, præferar ego in quæſitis a Titio poſt utrunque contractum. Idque ex generali juris regula recte obtinuit, quod nimirum qui prior eſt tempore, potior quoque ſit jure, & in perſecutione pignoris præferatur. *l. 2. & l. creditor. 12. ff. d. tit.*

Sed huic aſſertioni graviter obſtat *l. ſi quis mihi. 28. ff. de jur. fiſc.* in qua traditur, quod creditor qui prius cum privato contraxerat ſub generali hypotheca omnium bonorum, non præfertur fiſco poſt contrahenti, ſed fiſcus licet tempore poſterior, tamen potior eſt in bonis poſtea quæſitis: quæ lex e diametro pugnat cum *d. l. ult. ff. qui pot. in pign.* Variæ ſunt ad hanc antinomiam reſponſiones. *Cujac. lib. obſ.* 10. *c.* 22. ita reſpondet, quod creditor prior tempore, in bonis tempore prioris obligationis pertinentibus ad debitorem, item in bonis acquiſitis poſt priorem obligationem antequam cum fiſco contraheret, præferatur fiſco; ſed in bonis

quæ-

quæſitis poſt obligationem fiſci creditor prior non præfertur, ſed in iis fiſcus licet poſterior præponitur. Mihi verior videtur Bartoli & Connani conciliatio, quod hoc ſpeciali privilegio fiſci ſit receptum, ut fiſcus licet poſterior ſit creditor, tamen in bonis poſt utranque obligationem quæſitis ſit potior. Idque ideo fit, quia bona poſtea quæſita cum ſua cauſa & conditione, quam legis auctoritas illis impoſuit, creditori primo obligantur. At lex ſtatuit, ut bona contrahentium cum fiſco, tam præſentia quam futura, tacite obligentur fiſco. *l. aufertur.* 46. §. *fiſcus.* 3. *de jur. fiſc. l.* 3. *C. de priv. fiſc.* Igitur cum ea qualitate bona affecta ad priorem creditorem tranſeunt, nempe ut ſint fiſco obligata. Non mirum ergo, ut fiſci obligatio in iis ſit potior & prior, quia omnia quæ quærit debitor fiſci, tacite oppignorata ſunt fiſco. Igitur cum taciti pignoris vinculo quæſita bona prioribus creditoribus tenentur, cum obligatio futurorum bonorum tum demum convaleſcat, cum quæque res incipit eſſe debitoris. *l. idemque.* 7. §. 1. *ff. qui pot. in pign.* Ita tradunt *Bart. in d. l. ſi qui mihi.* & *Connam. lib.* 4. *conject. c.* 17. Vide *Anton. Fabr.* aliter hæc explicantem *lib.* 2. *conject. c.* 10. & aliter *Fornerium lib.* 1. *ſelection. c.* 24. denique aliter *Donellum in tractat. de pignor. cap.* 12.

Verum adhuc graviter obſtat huic ſolutioni *d. l. ult. ff. qui pot. in pign.* ubi prior creditor etiam in bonis poſtea quæſitis præfertur fiſco. Reſp. Ibi prior creditor habebat privilegium tutelæ, & ſic cum fiſco paris erat conditionis, quia uterque pariter erat privilegiatus, unde merito fiſco præfertur in poſtea quæſitis. Ubi enim ſunt paria privilegia in pignoribus, antiquius eorum præfertur. Aliud eſt in creditore non privilegiato, qui prius contraxit; hic fiſco non præfertur in bonis poſt quæſitis.

Secundo opponitur *l. ſi pignus.* 8. *ff. qui pot. in pign.* ubi dicitur, ſi privatus ante fiſcum contraxit, & hypothecam accepit, fiſcus tempore poſterior privato creditori priori in pignore non præfertur. Reſp. In bonis tempore prioris obligationis quæſitis, creditor privatus tempore prior, præfertur in pignore; at in bonis poſt obligationem poſteriorem quæſitis, fiſcus tempore poſterior præfertur.

ASSERTIO LXXV.

Nec urbanæ, nec ruſticæ ſervitutes oppignorari poſſunt.

HAnc ſententiam amplectuntur *Duaren. lib.* 2. *diſput. c.* 13. & *Donel. in tract. de pignor. c.* 10. Et quidem de urbanorum prædiorum ſervitutibus extra controverſiam eſt, eas oppignorari non poſſe. *l. ſi is qui bona.* 11. §. *jura prædiorum.* 3. *l.* 1. §. *ult. ff. de pign.* Verum in dubium vocatur, an ruſticæ ſervitutes oppignorari poſſint. Idem tamen ſtatuendum arbitror de ruſticis, quod de urba-

nis ſervitutibus proditum eſt, quod in utriſque ſervitutibus eadem militet ratio. Ratio enim prohibitionis hæc eſt, quia utiliter pignus conſtitui nequit, niſi aliquando vendi poſſit a creditore. *l. ſi fundus. 16. creditor. 5. ff. de pign.* Atqui ſervitutes tam urbanis quam ruſticis prædiis cohærent, ab iiſque nullam recipiunt ſeparationem, unde ſeparatim cedi vel vendi non poſſunt, ſed tantum cum ipſis prædiis. *l. via. 23. §. ſi fundus. 2. l. unus ex ſociis. 34. ff. de ſerv. ruſt. præd. l. cum fundus. 12. ff. com. præd.* Itaque niſi & ipſum prædium pignori detur ſeu vendatur, ſervitutes prædiales oppignorari & vendi non poſſe, certa ratio ſuadet. Diſſentiunt *Muda. in tract. de pignor. c. quæ res pign. obl. Connan. lib. 4. com. c. 14. Cujac. lib. obſ. 15. c. 6. Faber lib. 5. conject. c. 11.* & *lib. 19. c. 6.* & 7. exiſtimantes, ruſticas ſervitutes oppignorari poſſe, ſed non urbanas. Pro eorum ſententia adfertur *l. ſed an via. 12. ff. de pignor.* Sed reſpondetur, eam loqui de domino, qui in prædio ſuo creditori vult ſervitutem oppignorare, ut ea creditor utatur, quamdiu pecunia non ſit ſoluta, quod hoc permittatur domino prædii ſervientis, non ut valeat ipſo jure ſervitus, quæ ad tempus conſtitui non poteſt, ſed propter utilitatem contrahentium hæc conventio ſuſtinetur.

Contra vero is qui ſervitutem prædio ſuo jam acquiſitam & impoſitam habet, non poſt hanc ſervitutem prædio ſuo quæſitam alii oppignorare. Ratio eſt, quia ſervitus prædio alicujus ſemel acquiſita, non poteſt ab ejus prædii domino in alium transferri, niſi ſimul & ipſum prædium transferatur, & alienetur, cui ſervitus quæſita eſt. *l. ex meo. 24. ff. de ſerv. ruſt. præd.*

Objicitur etiam *l. ſed & quod. 9. §. 1. ff. de pign.* ubi dicitur, *quodcunque recipit emtionem, etiam pignorationem recipere poteſt.* Ergo & ſervitutes oppignorari poſſunt, quia emi poſſunt. Reſp. Huic regulæ generali derogatur per aliam magis ſpecialem, ſcilicet *l. ſi is qui. 11. d. ult. ff. eod.* ſeu ab ea excipiuntur ſervitutes prædiales, ſeu reales.

ASSERTIO LXXVI.

Qui ob refectionem navis pecuniam credidit, non habet tacitam hypothecam.

QUi ad navem reficiendam pecuniam credidit, non aliter hypothecam habet, quam ſi nominatim & expreſſe conventum ſit. Probatur hæc deciſio per *l. qui in navem. 26.* & *l. quod quis. 34. ff. de reb. auct. jud. poſſid. vel vend.* ubi dicitur, eos qui in navem reficiendam pecuniam crediderunt, habere privilegium exigendi dibitum poſt fiſcum. Ex quo evidenter colligitur, nullum jus tacitæ hypothecæ eos habere, alioqui fiſco præferrentur, cui præferuntur omnes creditores hypothecarii, qui tempore ſunt priores.

l. ſi

l. ſi pignus. 8. *ff. qui pot. in pign.* Præterea ille qui in rem emendam pecuniam credidit, non habet tacitam pyhothecam in re emta. *l. licet.* 7. *C. qui pot. in pign.* Ergo nec ille qui in reficiendam vel extruendam navem credidit, quoniam illi duo inter ſe conferuntur & comparantur in *d. l. quod quis.*

Sed objicitur *l. interdum.* 5. *ff. qui pot. in pign.* ubi is qui in reficiendam navem pecuniam credidit, cæteris creditoribus potior eſt, quibus eadem navis prius erat obligata. Reſp. Hoc ſic accipiendum eſt, eum cæteris eſſe potiorem, ſi modo illi navis etiam pignori obligata eſt. Non enim illic agitur, quomodo navis obligetur pignori, ſed ex illis, quibus obligata eſt navis pignori diverſis temporibus, quis ſit potior quæritur. Ille igitur potior erit, qui ad navem reficiendam pecuniam credidit, quamvis poſterius crediderit, dummodo huic quoque navis pignori obligata ſit, quod fit expreſſa conventione.

Secundo opponitur hoc argumentum. Ubi eadem eſt ratio, idem quoque jus ſtatuendum eſt. *l. illud.* 32. *ff. ad L. Aquil.* Verum eadem ratio obtinet in creditore in refectionem navis pecuniam credente, quæ in illo creditore valet, qui ad reſtitutionem domus ruinoſæ nummos credidit, qui tamen habet tacitam hypothecam in domo reſtaurata. *l.* 1. *ff. in quib. cauſ. tac. contr.* Nam ideo ille qui ad reſtitutionem ædium pecuniam credidit, habet tacitam hypothecam, quia ejus pecunia ſalvam fecit totam domum. Eodem modo competit illi tacita hypotheca, qui ad reficiendam navem pecuniam credidit, quia ejus pecunia ſalvam fecit totam navem. Reſp. Non eſt eadem ratio reficiendi ædificii, & navis, aut alterius rei conſervandæ. Nam in reficiendis ædibus verſatur publica utilitas, ne ſcilicet ruinis ædium deformetur aſpectus urbis. *l.* 2. *C. de ædif. privat.* Quæ ratio ceſſat in refecta navi, unde pignus in ea non contrahitur, niſi de eo generaliter aut ſpecialiter convenit. Ita eleganter tradunt *Donel. de pignor. c.* 5. & *Connan. lib.* 4. *com. c.* 17. Diſſentiunt *Minſing. Sneidew.* & alii *ad.* §. *item Serviana. inſt. de action. Petrus Vanderanus in tractat. de privil. credit. c.* 8. *Andr. Gail* Germaniæ Papinianus *lib.* 2. *obſerv. c.* 12.

Assertio LXXVII.

Uſuræ legitimæ divino & humano jure non ſunt prohibitæ.

NOn ſolum inter JCtos, verum etiam inter Theologos illud prolixe controvertitur, an divino & naturali jure liceat uſuras recipere. Et breviter dicendum eſt, non repugnare legi naturæ & verbo Dei legitimas uſuras exigere: quia illius mandati de non fœnerando, hæc ſententia & hic finis eſt, ne quid fiat contra charitatem, ſeu ne proximo noceatur. Cujus tantum abeſt, ut in hac cauſa deterior fiat conditio, ut magno beneficio afficiatur, quod

alterius opera conſecutus eſt, ut vel lucrum faciat, vel damnum evitet, vel neceſſitatibus ejus ſubveniatur. Ad hoc autem ut uſuræ licite accipantur, illud præcipue requiritur, ut qui pecuniam dat, non pro officio mutationis, ſed pro ſuo intereſſe, hoc eſt, pro ſua indemnitate aliquid præter ſortem accipiat. Illa dicitur uſura compenſatoria, & non eſt vera uſura, neque nullo jure prohibita, ſed ejus quod intereſt legitima & æquabilis compenſatio. Alia dicitur uſura lucratoria, quæ lucrum ex mutuo tantum propter officium mutuationis exactum, quæ nulla habita ratione damni creditoris, tantum propter officium mutuationis exigitur: hæc injuſta & illicita eſt. Hanc diſtinctionem diſerte comprobat *Paulus in l. cum quidam.* 17. §. *ſi pupillo.* 3. *ff. de uſur.* ubi reſpondet, uſuras non propter lucrum petentium, ſed propter moram non ſolventium infligi: id eſt, uſuræ recte promittuntur ob id, quod creditoris intereſt, quæ ſcilicet damnum compenſant, quod creditor uſu pecuniæ ſuæ caruit. *Hotom. in tractatu de uſur. lib.* 1. *c.* 1. & 8. Latius & exactius de hac quæſtione diſſerit *Molinæus in tract. de uſur. num.* 9. & 48. ubi Juſtinianum propter ſtatutum uſurarum modum non ſolum crimine hæreſeos liberat, ſed etiam pium & egregium nomothetam ſe præſtitiſſe probat. Pulchre & erudite *Hotom.* & *Donel. in tract. de uſur.* in princ. Eleganter *J. Calvin. epiſt.* 383. ubi certas aliquot & æquiſſimas leges & conditiones tradit, quæ intervenire debent, ut licite uſuræ exigantur. Summa hæc eſt, quod ſi quis ex pecunia mutuo data damnum incurrit, vel lucrum aliquod, quod ex pecunia credita certo facere potuit, propter mutuationem amittit, tunc licite poterit pecuniæ mutuo datæ uſuras, vel potius intereſſe petere. *l. unic. C. de ſent. quæ pro eo quod intereſt profer.* Nemo enim tenetur proximo ita benigne facere, ut ſibi ipſi ſit afflictio, teſte *Paulo* 2. *ad Corint. c.* 8. *Weſemb. in parat. de uſur. num.* 7. & 8. Non obſtant prædictis loca ſcripturæ *Exodi* 22. *Levit.* 25. *Ezech.* 18. & 25. *Deut.* 23. *Pſal.* 15. *Luc.* 5. quibus uſuræ prohibentur: quia his locis eæ tantum uſuræ prohibentur, quæ NESECK, id eſt, morſus Hebræis appellantur, quæ proximum mordent, quæ charitati repugnant, quæ cum damno fratris exiguntur. Ita hæc loca Molinæus explicat dicto loco.

Secundo objicitur, quod illi res quæſtui eſſe debet, cujus eſt periculo. *l. is qui commodatum.* 13. §. 1. *ff. commod.* ſed pecunia credita eſt periculo debitoris, non creditoris. *l. incendium.* 11. *C. ſi cert. pet.* Ergo quæſtus ex pecunia credita proveniens, pertinebit quoque ad debitorem, & proinde inique creditor accipit uſuras pecuniæ, quæ non eſt ipſius periculo. Reſp. Vera eſt major propoſitio, niſi aliter inter contrahentes convenit, quia pacta dant legem contractui. *l. contractus.* 23. *ff. de R. J. l.* 1. §. *ſi convenit.* 6. *ff. depoſ.* Ergo recte ex pacto vel ſtipulatione debentur uſuræ a debitore, licet periculum ſortis ad eum pertineat.

Tertio

Tertio adverſatur, quod mutuum ſua natura eſt gratuitum. *l. rogaſti.* 11. §. 1. *ff. de reb. cred.* Igitur contra naturam mutui non poſſunt uſuræ accipi. Reſp. Uſuræ non debentur ex contractu mutui, ſed ex alia & nova obligatione, id eſt, ex novo & ſeparato contractu ſtipulationis uſurarum, mutuo ſubjecto. *l. uſura.* 121. *ff. de V. S.*

Quarto objicitur tale argumentum: Res per ſe ſterilis nullum poteſt producere fructum. Atqui pecunia eſt res ſterilis & infructuoſa. Ergo non poteſt ex ea uſura percipi. Reſp. Uſura percipitur ex induſtria hominum, qui negotiantur, & pecuniam fœnori collocant & excercent, non ex ſolis nummis, qui per ſe ſteriles ſunt, & fructum nullum, etiamſi per multos annos in arcam recondantur, adferunt.

Quinto opponitur *l. inter claras.* 8. §. *ſuſcipimus.* 3. *C. de ſum. Trin. & fid. Cath.* ubi Juſtinian. approbat quatuor concilia, Nicænum, Conſtantinopolitanum, Chalcedonenſe, & Epheſinum: & vult canones ab iis conciliis latos vicem legum obtinere. *nov.* 131. Atqui in concilio Nicæno uſuræ ſunt improbatæ. Unde jure quoque civili ſunt damnatæ. Reſp. Juſtinia. poſt. *l. inter claras.* edidit alias leges & conſtitutiones, quibus uſuras legitimas conceſſit; ideoque per illas novas conſtitutiones, puta per *l. eos.* 26. *C. de uſur.* & *nov.* 32. & 135. uſuras non improbavit.

ASSERTIO LXXVIII.

Unica interpellatio conſtituit debitorem in mora.

PRobatur hæc ſententia in *l. Titia.* 87. §. *uſuras.* 1. *ff. de leg.* 2. ubi habetur, quod ſemel moram interveniſſe ſufficiat: quibus verbis innuit Paulus, quod unica interpellatio facta opportuno loco & tempore ſufficiat ad creandam moram. Idem probat *l. qui decem.* 72. in verb. *ſi aliquando interpellatus non ſolvit. ff. de ſolut.* Quod autem dicitur de de unica interpellatione, id ita accipiendum eſt, quod unica interpellatio, id eſt, admonitio coram teſtibus nuncupata debitorem in mora conſtituat: ita tamen ut non omittatur repetendi debiti inſtantia. *l. mora.* 32. in princ. *ff. de uſur.* ubi dicitur, quod mora committitur, ſi interpellatus non ſolvat. Unica ergo interpellatio ad conſtituendum quem in mora ſufficit, modo tamen creditor poſt interpellationem urgeat & inſtet pro ſolutione. Inſtantia poſt interpellationem perſeverare debet, ſed non repetenda eſt interpellatio, nec iterum cogendi teſtes. Interpellatio namque eſt admonitio, quæ fit teſtato, ſolvendi vel accipiendi ejus quod debetur. *l. qui Romæ.* 122. §. *coheredes.* 3. *ff. de V. O. Cujac. ad African. in l. cum patrifam.* 27. *ff. de uſur.* Hanc ſententiam *Gl. Bart.* & *Jaſ.* comprobant in *d.* §. *coheredes.* & alii quos recenſet & ſequitur *Menoch. de arbit. jud. lib.* 2. *cent.* 3. *caſu.* 220. ubi notat hanc ſententiam communi DD. ſuffragio eſſe receptam. Ratio

decidendi eſt, quod legibus cautum eſt, interpellatione quem in mora conſtitui. *l. ſi ex legati.* 23. *ff. de V. O. l. denuntiaſſe.* 17. *ff. ad. l. Jul. de adult.* Diſpoſitio autem in primo actu verificatur, arg. *l. boves.* 89. §. *hoc ſermone.* 1. *ff. de V. S.*

Sunt tamen qui tenuerunt, ut in mora quis conſtituatur, duplicem interpellationem neceſſariam eſſe, ut *Ferretus in libello de mora.* quem ſecutus eſt *Coraſ. lib.* 2. *miſc. c.* 6. & *Coſtal. in d. l. mora.* Quorum ſententia ut nova, ita a vero aliena eſt. Neque eam confirmat Martiani reſponſum in *d. l. mora.* verſ. *& non ſufficit.* quia licet una interpellatio debitori facta in mora eum conſtituat, tamen ſi ea procuratori vel ſervo, abſente debitore, fiat, una non ſufficit. *l. item veniunt.* 20. §. *petitam.* 11. verſ. *ſed ponamus. ff. de pet. her.* fieri enim poteſt, ut ea interpellatio propter procuratoris aut ſervi negligentiam ad domini ſeu debitoris notitiam non perveniat. Nec verum eſt, in *d. l. mora.* dominum eſſe interpellatum, quod tamen Coraſ. ex iſtis verbis textus colligit, *cum etiamſi ipſi domino denuntiatum eſt.* ubi verbum *ſufficiat* affirmative ſubaudiendum eſt, ut hic ſit ſenſus, etiamſi ſufficiat ſemel ipſi domino perſonaliter denuntiare; non tamen ſufficit, ſi ſemel mediante perſona ſervi vel procuratoris, domino denuntietur. ut rectiſſime meo judicio interpretatur. *Menoch.* d. loco, *num.* 36. & ſeqq.

Eodem modo etiam aliis JCtorum reſponſis Coraſius & Ferretus non adjuvantur: nam ex eo, quod in *l. Æmilius.* 38. *ff. de minor.* dicitur, venditorem ſæpe tutoribus denuntiationes feciſſe, non infertur, plures denuntiationes, ut in mora quis conſtituatur, eſſe neceſſarias, cum venditor denuntiationibus tutores in mora non conſtituat, ſed a lege commiſſoria venditioni adjecta recedat. *d. l. Æmilius.* verſ. *dicebam.* diei enim lapſu tutores in mora conſtituti erant (cum dies contractibus adjecta interpellet pro homine) *l. magnam.* 12. *C. de contr. ſtip.* non vero interpellationibus a debitore factis.

Sic etiam eorum ſententia non corroboratur ex eo, quod in *l. ſi mandato.* 59. §. *ille illi.* 5. *ff. mandat.* ſæpe conventum mandatorem, in *d. l. qui Roma.* §. *coheredes.* ſæpius teſtato conventos tutores dicatur, quia ex facto ita caſus ibi evenerat. Neque enim omnia quæ ex facto contingunt, de jure neceſſaria ſunt. Neque verum eſt quod in præjudicialibus, qualis eſt mora, inſtanter & ſæpius conteſtatio facienda ſit, quod pro ratione ſuæ opinionis adfert *Coraſ. d. c.* 6. arg. *l.* 1. §. *de inſpiciendo.* 10. *ff. de ventr. inſpic. l.* 1. *ff. de libel. dimiſſ. c.* 1. *de ſuppl. neglig. prælat.* quia cum debitor prima denuntiatione ſciat, quid ſibi ſit faciendum, facile, ne in damna ex mora provenientia cadat, præcavere poteſt. fac. *l.* 1. §. 1. infin. *ff. de act. empt.* ubi dicitur, quod qui certus eſt, amplius certiorari non debet.

ASSERTIO LXXIX.

Sola oblatio ſufficit ad evitandam pœnam, & purgandam moram; ſed pleniſſimam liberationem parit oblatio, conſignatio, & depoſitio.

HAnc theſin probat *l. qui Romæ.* 122. §. *Seja.* 5. *ff. de V. O. l. obſignatione.* 9. *C. de ſolut. l. ſi per te.* 9. & *l. acceptam.* 19. *C. de uſur. l. tutor.* 28. §. 1. *ff. de adm. & peric. tutor. & curat. &c.* Quod ſola oblatio moram impediat, probat *d. §. Seja.* ubi qui pecuniam reliquam obtulerat, non tenetur ad uſuras pecuniæ reſiduæ ex adminiſtratione tutelæ debitæ. Oblatio enim ſola facit, ne quis ex eis cauſis obligetur, quæ ex mora originem ducunt, quoniam qui offert, non eſt in mora. Ergo uſuras quoque non debet, quæ ex mora profluxerunt. Sola oblatio ſiſtit uſuras ex mora debitas.

Obſtat *l. ſi creditrici.* 6. & *l. acceptam.* 19. *C. de uſur.* ubi debentur uſuræ, niſi fiat obſignatio & depoſitio. Reſpondendum, quod iſtæ leges accipiendæ ſunt de uſuris debitis ex ſtipulatione, quæ non deſinunt deberi, niſi accedat conſignatio & depoſitio. Et hæc fuit ſententia *Joannis in d. l. acceptam.* quæ confirmatur a *Cujac. in d. §. Seja.*

Secundo objicitur *l. tutor.* 28. §. 1. *ff. de adm. & peric. tut. & curat. &c.* ubi tutor tum demum liberatur ab uſuris ex adminiſtratione tutelæ debitis, ſi finita tutela reliqua obtulit, & obſignata depoſuit. Ergo ſola oblatione uſuræ ex mora debitæ non ſiſtuntur. Reſp. Ideo in eo caſu non ſufficit ſola oblatio, quia non recte poteſt tutor finita tutela reliqua puberi ſolvere, niſi & petierit curatorem ei dari. *l. 5. §. ſi tutor.* 5. *de admin. & peric. tut. & curat. &c.* & deinde rationes curatori reddiderit, quia ſolus pubes non eſt idoneus & capax, ut coram eo reddantur rationes adminiſtratæ tutelæ, & reliqua ſolvantur. Ideoque per ſolam oblationem reliquorum, quæ ex tutela debentur, non poteſt pubes in mora conſtitui, ſed requiritur præter oblationem conſignatio & depoſitio. *l. ſi reus.* 73. *ff. de procur. l. ait Prætor.* 7. §. 1. *ff. de minor. l.* 5. *C. de adm. tut. vel curat.* Unde etiam ſtatuitur in *l. ult. C. de uſur. pup.* quod ſi tutor offerat ſe paratum eſſe rationes reddere, & reliqua ſolvere, & ſæpius denunciationibus interpoſitis puberem ad judicium provocet, & pubere hoc contemnente, ad extremum apud acta jus dicentis proteſtetur, ſe paratum eſſe parem rationem facere cum pupillo, tunc liberatur ab uſuris pupillaribus, ſine ulla conſignatione & depoſitione.

Nec obſtat *d. l. ait Prætor.* 7. §. 1. *ff. de minor.* quia ibi non dicitur, tutorem vel alium debitorem præciſe teneri pecuniam conſignare & deponere ad inhibendas uſuras, ſed tantum conditionaliter, videlicet eo caſu, quo debitor non vult ſolvere curatori parato recipe-

re, metu reſtitutionis in integrum. Itaque tunc deponet pecuniam: quo facto ab omni periculo reſtitutionis ſecurus erit, & a tempore depoſitionis pleniſſime liberatur. Ita etiam intelligenda eſt *d. l. tutor.* in fin. quod per ſolam oblationem pupillaris pecuniæ tutor non erit plene liberatus a reſtitutione in integrum; unde nihilominus uſuræ current, niſi legitime deponat reliqua ex tutela debita. Pulchre *Molin. in tract. de uſur. quæſt.* 39. *Hotom. de uſur. c.* 4. Requiritur autem obſignatio & depoſitio ad hoc, ut omnis tollatur obligatio, & pleniſſima ſequatur liberatio. *d. l. acceptam.* & *d. l. obſignatione.* Hæc liberat ab omnibus uſuris tam ex mora judicis officio, quam ex ſtipulatione debitis, ſive præteritæ ſint & currere cœperint, ſive futuræ ſint & nondum currere cœperint. *d. l. ſi creditrici.* & *d. l. acceptam.* ubi *Bart. l. ult. C. de pign. act.*

Illud præterea ſola oblatio facit, ut pœna non committatur. *l. Celſus.* 23. §. *ult. ff. de recept. qui arbit. &c.* Verum ſpeciale in emphyteuſi, ut ad evitandam pœnam expulſionis, deponatur & obſignetur annuus canon. Ratio eſt, quia lex ſatis prolixum ſpacium indulget emphyteutæ ad offerendam penſionem, triennium ſcilicet: qui ergo in uno relevatur, in altero debet gravari. *l.* 2. *C. de jur. emph.* & ibi *Coraſ.*

Tertio ſola oblatio liberat debitorem, ſi res oblata ſine culpa ejus interierit, & periculum transfert in creditorem *l. qui decem.* 72. *ff. de ſolut. l. hujuſmodi legatum.* 84. §. *ſi cui homo.* 3. *ff. de leg.* 1. Et hoc locum habet, ſi creditor omnino recuſavit pecuniam accipere: nam ſi procraſtinaverit, quaſi alia die accepturus, non ſtatim periculum poſt oblationem ad creditorem pertinet. *l. creditor.* 102. *ff. de ſolut.* Ibi creditor oblatam pecuniam non rejecit, ſed in alium diem diſtulit. poſtea ea pecunia a magiſtratu prohibita vel diminuta eſt quaſi ærosa, id eſt, æris nimium admixta habens: lex ait ob id creditorem non cadere a ſua actione, quod interim pecunia oblata fuerit. nam aliud eſt pecuniam rejicere, aliud differre: non omnis qui differt, moram facit. Sola igitur oblatio debitorem non liberat ab interitu, ſed ita demum, ſi creditor recuſet accipere, non ſi ex juſta cauſa differat.

Quarto ſola oblatio ſolvit ἀντίχρησιν, *l. ex prædiis.* 11. *C. de uſur.* Antichreſis eſt multo gravior quam uſura, & ideo facilius finitur, quam uſura.

Denique ſola oblatio liberat debitores fiſci a publicis debitis, & tributis, ne in commiſſum cadant prædia propter non ſolutum tributum. *l.* 1. *C. de ſuſcept. & arcar. præpoſ.* Hi ſunt quinque effectus ſolius & nudæ oblationis. Pulchre *Cujac. ad African. in l. ſi ſoluturus.* 39. *ff. de ſolut.* Oblationis & depoſitionis ſunt uberiores effectus, quia facta oblatione & depoſitione liberatur pignus. *l. ult. C. de pign. act.* inhibetur actio perſonalis, hypothecaria, venditio pignoris, ſiſtuntur uſuræ quomodocunque debitæ ſive propter moram in con-

tractibus bonæ fidei, ſive ex ſtipulatione in omnibus tam bonæ fidei, quam ſtricti juris contractibus, pecuniæ oblatæ & depoſitæ periculum integre pertinet ad creditorem. *d. l. 2. l. ſi creditrici.* & *d. l. acceptam.*

ASSERTIO LXXX

Cum dies & pœna eſt in obligatione, mora purgatio non admittitur.

HÆc deciſio vera eſt, ſive dies a contrahentibus expreſſe ſit addita ſolutioni, ſive dies tacite inſit ſolutioni ex lege. *l. magnam.* 12. *C. de contr. ſtip. l.* 2. *C. de jur. emph. l. trajectia.* 23. *ff. de obl. & act. l. ult. ff. de naut. fœn.* Debitor qui ſub pœna debebat ad certum diem quid dare vel facere, ſi poſt diem offerat, ſero offert, non evitat pœnam ſemel commiſſam, moram non poteſt emendare. *d. l. trajectitia.* Idem ſervatur in ſpecie. *l. Celſus.* 23. *ff. de recep. qui arb. &c.* ubi arbiter juſſit dari certa die, ea die non eſt datum, commiſſa eſt pœna compromiſſi. Verum ſi poſt diem offeratur, an evaneſcit pæna compromiſſi? minime. *d. l. Celſus.* Idem eſt in lege commiſſoria, quæ ita fit, *ſi ad diem pretium non ſolveris, res inemta eſto.* pretium ad diem ſolutum non eſt. lex vel conditio emtionis commiſſa eſt, & res cenſetur inemta, & ſi poſt diem pretium offeratur, fruſtra offertur. *l. ſi fundus.* 4. §. *ult. ff. de l. commiſſ.* Ratio hujus deciſionis eſt, quia inter contrahentes id agi intelligitur, ut qui pecunia non ſoluta ſemel in pœnam incidit, ſe ab ea liberare non poſſit, ne alioqui dies & pæna fruſtra obligationi adjiciantur: ſeveriores enim & acerbæ ſunt hujuſmodi præſcriptiones, & rem ſummo jure agi volunt.

Opponitur huic ſententiæ *l. ſancimus.* 26. *C. de fidejuſ.* & *l. etſi poſt tres.* 8. *ff. ſi quis caut. in jud. ſiſt. cauſ. fact. non obtemp.* Species facti eſt: Quidam promiſit ſe judicio ſiſti certa die; item adjecit pœnam, ni ea die judicio ſtetiſſet. Quæritur ſi poſt diem ſe ſiſtat, an evaſerit pœnam? Lex ait evaſiſſe, idque aſſequi eum exceptione.

Dicendum, in hac re differentiam conſtituendam eſſe inter ſtipulationes conventionales, & prætorias. Stipulatio judicio ſiſti eſt prætoria, nec contrahitur arbitrio contrahentium, ſed prætoris arbitratu. Conventionales ſtipulationes ſtrictiores ſunt. *l. in conventionalibus.* 52. *ff. de V. O.* Quæ a prætore concipiuntur, laxiores ſunt: in his ſibi contrahentes non proſpexerunt, & ideo lex benignius interpretatur. Ideoque in iis intra modicum tempus emendatur mora, ſi quis poſt moram ſe ſiſtat; dummodo nihil interſit actoris, nec ex mora jus ejus factum ſit deterius. *Baro ad.* §. *ult. inſt. de ſociet. Cujac. ad l. ſi inſulam.* 84. *ff. de verb. obl.* reſpondet, quod in *d. l. & ſi poſt. tres,* non fuerit ſubjecta pœna. A præſtatione ejus quod

quod intereſt liberatur is, qui ſe ſiſtit poſt diem, ante litem conteſtatam tamen, id eſt, antequam petitum ſit id quod intereſt. At vero a pœna ſemel commiſſa non liberatur, qui ſe ſiſtit poſt diem.

Opponitur etiam *l. ſi inſulam*. 84. *ff. de V. O.* & ſimiles ſpecies facti: *Quidam promiſit ſe facturum inſulam; tempus tranſiit, quo potuit ædificare.* ergo moram fecit. poterit igitur ſtatim conveniri æſtimationis nomine, ſed ante litem conteſtatam ædificando liberatur. ergo poſt moram purgat ſe. Hoc facile expediri poteſt, quia nulla dies fuit adſcripta promiſſioni, nulla pœna, nullaque conditio. Nos loquimur de debitore ad diem & ſub pœna obligato. Diſſentit *Johan. Robertus lib.* 2. *ſentent. c.* 18. ubi tradit etiam die & pœna adjecta moram purgari poſſe.

ASSERTIO LXXXI.

In obligationibus quæ diem habent, lapſus diei conſtituit debitorem in mora, nec interpellatio requiritur.

Debitor ſolo diei lapſu incidit in moram, puta ſi debitor ad diem pecuniam vel aliam rem promiſit ſub pœna, vel uſuræ promiſſæ ſunt ſtipulatione, vel ſolo pacto, aut ſi poſt moram debentur in bonæ fidei judiciis: tunc enim ex ſolo die mora contrahitur, quia debitor intelligere debet ſe dare oportere. Itaque ſolo diei lapſu incidit in pœnam, vel uſuras. *l. magnam.* 12. *C. de contr. ſtip. l.* 2. *C. de jur. emph. l. ſi fundus.* 4. §. *ult. ff. de l. commiſſ. l. pecunia.* 9. §. 1. *ff. de uſur.* ubi dicitur, uſurarum ſtipulationem, quamvis debitor non conveniatur, committi, hoc eſt, ſtatim committuntur uſuræ ante interpellationem. Dies enim interpellat pro homine. *l. evictis.* 18. in princ. *ff. de uſur. l. ſi fundum.* 114. *ff. de V. O. l. hominem.* 37. *ff. mandat.* Ratio eſt, quia id actum videtur, ut qui falleret ad diem, ſtatim incideret in pœnam & uſuras. *l. trajectitia.* 23. *ff. de obl. & act.* Quoſcunque ergo effectus mora interpellatione contracta in jure producit, eoſdem & hæc ſolvendi ceſſatio operatur, ubi certa dies præſtituta eſt, etiamſi nulla præceſſit admonitio. *l. etſi poſt tres.* 8. *ſi quis caut. in jud. ſiſt. cauſ. fact. non obtemp. l. ſtipulationes non dividuntur.* 72. §. *ult. l. ſi ita quis.* 135. §. *Seja.* 2. *ff. de V. O.* Itaque ſicut periculum interitus poſt moram interpellatione commiſſam, pertinet ad debitorem, ita & præſtituta die ſine ulla admonitione elapſa periculum interitus vel deteriorationis debitori incumbit. *l. ſi Stichus.* 33. *ff. de V. O.* Sic fructus & uſuræ ſimiliter a tempore lapſus diei debentur, quemadmodum & cujuſcunque alterius interpellationis. *l. cum quidam.* 17. §. *ult. ff. de uſur. l. Lucius.* 47. *ff. de act. empt.*

Objicitur regula juris, qua dicitur, diem videri adjectum gratia debitoris. *l. cum tempus*, 17. *ff. de R. J.* ideoque nec per eventum di-

diei debitor conſtituitur in mora. Reſp. Quod dicitur, diem exiſtimari adjectum favore debitoris, hoc ita accipiendum eſt, quod intervallum ſive ſpacium intermedium cenſeatur favore debitoris adjectum. *l. ſi ita relictum*. 43. §. *Pegaſus*. 2. *ff. de leg*. 2. Verum negare, monumentum diei advenientis magis prodeſſe creditori, quam debitori, plane abſurdum eſt. Unde triſtes & miſeræ dicuntur calendæ, quod adventus illarum debitoribus ſit infelix, quamvis medium intervallum ſit illis favorabile. Pulchre *Robert. lib.* 2. *ſent. jud. cap.* 17. ubi hanc communem DD. ſententiam erudite defendit.

Secundo objicitur, quod generaliter & indiſtincte traditur, nullam eſſe moram, ubi nulla petitio, id eſt, nulla interpellatio eſt. *l. nulla*. 88. *ff. de R. J. l. ſi pupillus*. 127. *ff. de V. O.* Item unumquemque moram ita facere, ſi interpellatus non ſolvit. *l. mora*. 32. *ff. de uſur. l. ſi ex legati*. 23. *ff. de V. O.* Reſp. Hæc accipienda ſunt iis caſibus, quibus interpellatio ideo neceſſaria eſt, ut debitor ſcire poſſit, quando creditor ſibi velit ſolvi. Verum eum qui ad diem obligatus eſt, ſupervacuum eſt interpellari, cum ſciat ex natura obligationis, quod certo tempore id facere debeat. *Donel. in tractat. de mora. c.* 2. Alii *d. l. Nulla mora ibi fieri intelligitur, ubi nulla petitio eſt*, ita accipiunt, ac ſi dicatur, ubi petendi jus non fuit, ſive quia nulla competebat actio, ſive quia actor exceptione repelli poterat, ibi nulla committitur mora. Unde *Paulus in l. lecta*. 40. *ff. de reb. cred.* ſcribit, in mora non eſſe eum, a quo propter exceptionem pecunia peti non poteſt.

ASSERTIO LXXXII.

Uſuræ in ſtricti juris judiciis, non niſi per ſtipulationem debentur.

HÆC inter bonæ fidei actiones & ſtricti juris eſt differentia prodita, quod in illis ex mora uſuræ debentur. *l. mora*. 32. §. *in bonæ fidei*. 2. *ff. de uſur*. In ſtricti vero juris judiciis non niſi ex ſtipulatione debentur: & ne quidem a tempore litis conteſtatæ. *l.* 3. *C. de uſur. l. Titius*. 24. *ff. de præſcr. verb. l.* 1. *C. de cond. indeb.* Falſa igitur eſt *Coraſii lib.* 2. *miſc. c.* 7. & *Coſtalii ad l. videamus*. 2. *de uſur.* ſententia, qui volunt, uſuras poſt litem conteſtatam ſemper deberi in ſtricti juris judiciis, etiamſi per ſtipulationem non ſint promiſſæ.

Nihil facit pro eorum ſententiæ confirmatione *l. lite conteſtata*. 35. *ff. de uſur.* ubi dicitur, quod *lite conteſtata uſuræ currunt*. Nam ea eſt iſtorum verborum ſententia, quod lite conteſtata uſuræ non deſinant deberi, & quod curſus earum per litem conteſtatam non interrumpatur, ſi ſcilicet ante per ſtipulationem ſunt promiſſæ. *l.* 1.

C.

C. de judic. Nam quo modo uſuras tandem petet, cui non ſunt promiſſæ, *d. l. Titius.* Non dicit lex, a lite conteſtata incipere uſuras deberi, quæ ante litis conteſtationem non debebantur, ſed dicit, non deſinere uſuras deberi propter litem conteſtatam; hoc eſt, ut uno verbo dicam, uſuræ, quæ ante litis conteſtationem debebantur, non ceſſant currere, ſed perſeverant poſt litem conteſtatam currere. Ideo autem *Paulus* id *in d. l. lite.* reſpondet, quia juſta ratione dubitari poterat, an per litis conteſtationem deſinerent uſuræ deberi. Cum enim per litis conteſtationem novatio quædam contrahatur. *l. aliam. 29. ff. de novat.* videbatur dicendum, ut ſicut principalis obligatio novatione extinguitur, ita & uſurarum: ſed hoc nihil obſtat, quia hæc eſt novatio neceſſaria, quæ fit per litis conteſtationem, quæ meliorem ſolet facere conditionem creditoris, non deteriorem. *l. non ſolet. 86. ff. de R. J.*

Secundo objicitur *l. uſura. 34. ff. de uſur.* ubi dicitur, uſuras fructuum vicem obtinere: atqui fructus poſt litem conteſtatam debentur, ergo & uſuræ. *l. videamus.* 38. §. *ſi actionem.* 7. *ff. de uſur.* Reſp. Uſuræ fructuum quidem vicem obtinent, ſed hoc in legatis, fideicommiſſis, & bonæ fidei judiciis obſervatur, ut allegata lex ſe ipſam declarat. *Molin. in tract. de uſur. quæſt. 73. num. 552.* hanc *l.* ita accipit, quod uſuræ ſuccedunt in locum fructuum, nec debent a fructibus ſeparari, id eſt, non debent ſeorſim utraque exigi, niſi quatenus unum ex iis alterum excedit, quia ratione unius rei non debet duplex acceſſio exigi. Itaque fructus ſi qui ſunt percepti, debent cum uſuris compenſari, & ſi amplius pecuniæ uſuræ, quam fructus prædii efficiant, tunc ſuperfluum uſurarum licebit exigere. *l. emtor. 65. ff. de rei vind.* ubi emtor fundum a non domino emtum, domino reſtituere condemnatus, cum eundem fundum a non domino oppignoratum redemiſſet, uſuras pretii perſoluti cum fructibus ex prædio perceptis compenſat, nec ſeparatim fructus percipere, & uſuras exigere poteſt, niſi quatenus uſuræ fructuum pretium excedunt.

Tertio objicitur *l. cum fundus. 31. ff. de reb. cred.* ubi dicitur, quod poſt litem conteſtatam omnis cauſa præſtanda eſt actori, id eſt, omne id quod habiturus eſſet actor, ſi litis conteſtatæ tempore res debita ſoluta eſſet. Ergo & a lite conteſtata uſuræ præſtabuntur: quia *cauſa* ſignificat omne commodum, quod ex re percipi poteſt. *l. præterea. 20. ff. de rei vind. l. Julianus. 9. §. pen.* & *ult. ff. ad exhib. l. 1. §. hanc actionem. 23. ff. depoſ.* Reſp. *Cauſa* ibi non ſignificat uſuras, quæ non debentur in ſtricti juris judiciis a lite conteſtata. *l. 1. C. de cond. indeb. l. 4. C. de cond. ob turp. cauſ.* ſed fructus aliaſve acceſſiones naturales & intrinſecas, quibus magis favetur, quam uſuris, cum ex re ipſa præſtentur.

Quarto objicitur *l. 1.* & *2. C. de uſur. & fruct. legat. ſeu fideicomiſſ.* ubi dicitur, heredem teneri ad uſuras legatorum a tempore

litis

litis conteſtatæ: atqui legata bonæ fidei judiciis adæquata ſunt. *l. in minorum.* 3. *C. in quib. cauſ. in int. reſt. neceſſ. non eſt.* in quibus poſt moram debentur uſuræ. Reſp. Quod dicitur, uſuras legatorum deberi poſt litem conteſtatam, intelligendum eſt, ſi mora non præceſſerit litis conteſtationem, puta ſi heres judicium ſuſcipere paratus erat. Alias ſi per extrajudicialem interpellationem heres ſit in mora conſtitutus, tunc etiam ante litem conteſtatam debentur uſuræ ex legatis. *l.* 3. in pr. verſ. *cæterum. ff. de uſur. Govea. ad l. Divi.* 83. *ff. ad l. Falcid. Hotom. lib.* 1. *de uſur. cap.* 4. ubi notat, interpretes fere omnes uno conſenſu hunc locum ita explicare.

ASSERTIO LXXXIII.

Sola præſtatio uſurarum longo tempore facta, non inducit obligationem uſurarum in futurum.

Diuturna præſtatio uſurarum non conſtituit obligationem vel actionem, quæ non fuit ab initio. text. ſunt in *l. creditor.* 7. *C. de uſur. l. ſi certis.* 28. *C. de pact. l. operis.* 31. *ff. de oper. libert. l. ult. C. ne ux. pro marit. &c.* Ratio eſt, quia tempus non eſt modus inducendæ vel tollendæ obligationis. *l. obligationum.* 44. §. 1. verſ. *placet. ff. de obl. & act.*

Obſtat huic ſententiæ *l. cum de in rem verſo.* 6. *ff. de uſur.* ubi uſuræ præſtitæ longo tempore, in poſterum præſtari debent ob id, quod longo tempore præſtitæ ſunt. Reſp. quod non ex ſola præſtatione longo tempore facta, tenetur ibi uſuras debitor in poſterum ſolvere, ſed quia ex juſta & legitima obligationis cauſa ſeu juſto titulo uſuras præſtitit. Itaque præter longi temporis præſtationem acceſſit habilis & legitimus titulus, ex quo tamdiu debentur uſuræ, quoad contrarium probetur. Longi ergo temporis uſurarum præſtatio ex juſta cauſa obligationis facta, non conſtituit obligationem vel actionem, quæ non fuit ab initio, ſed obligationis & tituli præſumtionem inducit, donec probetur contrarium. *d. l. cum de in rem verſo.* & ibi plene *Bart. l. litibus.* & ibi *Cujac. de agric. & cenſ. lib.* XI. *Molin in tract. de uſur. quæſt.* 20. *num.* 209. *& ſeq. Specul. in tit. de locato.* §. *nunc aliqua. quæſt.* 63. ubi decidit, quod ſi emphyteuta decem annis ſolverit de fundo ſuo domino directo annuum canonem, & recuſet ulterius ſolvere, quod dominus interim in poſſeſſione ſua tuendus eſt, donec ab emphyteuta contrarium probetur. Pulchre *Coſtal. ad d. l. cum de in rem verſo. Nicolaus Genoa in conciliatione legum contrariarum in diſſolutione antinomiæ inter l. creditor. C. de uſur. & l. cum de in rem verſo. C. eod,* ubi notat, hanc meam ſolutionem eſſe elegantem, eamque ſequitur & approbat.

Secundo

Secundo objicitur *l. 1. C. de fideicom.* ubi dicitur, ſi legatum annuum alimentorum præſtitum ſit continuo triennio, in futurum etiam perpetuo præſtari debet. Ergo præſtatio certi temporis annorum obligationem conſtituit. *Reſp.* Diuturna præſtatio annua perpetuat obligationem in futurum, ſingulari favore alimentorum. Nam ſi quis alimenta, quæ conſtat eſſe legata, ſed dubitatur, perpetuone an ad tempus ſint relicta, per triennium præſtiterit, hoc ſatis eſt, ut perpetuo debeantur. *Caſtrenſ. ad d.l. ſi certis.* ubi tradit communiter DD. hanc opinionem tenere.

Tertio obſtat *l. 5. C. de uſur.* & *l. qui ſemiſſes. 13. ff. eod.* ubi debitor qui per ſtipulationem promiſerat uſuras majores, & per aliquot annos ſolvit minores, liberatur in poſterum a ſolvendis uſuris majoribus. *Reſp.* Diuturna præſtatio minorum uſurarum prodeſt reo ad exceptionem ſeu liberationem, ſed non prodeſt actori ad agendum. Ideoque non poteſt is qui minores uſuras promiſit, ex eo quod longo tempore præſtitit majores, conveniri ad majores uſuras, quia diuturna præſtatio uſurarum non inducit obligationem ſeu actionem uſurarum in futurum. *l. creditor. 102. §. ult. ff. de ſolut. l. cum quidam. 17. §. 1. ff. de uſur.* Vide aliter totum hunc locum explicatum apud *Anton. Fabrum lib. 7. conject. cap.* 8. & 9. *Coraſ. lib. 3. miſcel. c. 15. num.* 9. 10. & ſeqq. *Menoch. lib. 3. præſumpt. cap.* 131. *Anton. del Rio in miſcellan. ad d. l. cum de in rem verſo. Ferdinand. Vaſquium lib. 2. illuſt. controv. cap.* 83.

ASSERTIO LXXXIV.

Pœna conventionalis duplum excedere non poteſt.

Quis ſit modus pœnæ conventionalis, quæ adjicitur ſtipulationibus, & aliis contractibus, variant interpretes. Quidam enim hunc modum duplum excedere non poſſe tradunt, juxta *l. unic. C. de ſent. quæ pro eo quod intereſt proferuntur.* Alii uſque ad legitimum uſurarum modum extendunt, juxta *l. Julianus* 13. §. *ibidem Papinianus.* 26. *ff. de act. empt. l. cum allegas.* 15. *C. de uſur.* Alii quadruplum eum non excedere tradunt, juxta *l. mulier.* 5. in fin. *C. de ſponſal.* & *l. ſi dictum.* 56. in princ. *ff. de evict. Azo* vero *in d. l. unica.* in ea ſententia eſt, quod pœna conventionalis, quantacunque ea ſit, exigi poſſit: idque per *l. ſtipulatio iſta.* 38. §. *alteri.* 17. *ff. de V. O.* Quibus omnibus docte & copioſe refutatis, modum pœnæ conventionalis in caſibus certis duplum, in caſibus vero incertis, quod veriſimiliter ſtipulantis intereſt, excedere non debere, juxta *d. l. unic.* docet *Molin. in explicat labyrinthi de eo quod intereſt. in 9. quæſt princ. num.* 195. cum multis ſeqq. Quæ ſententia juri & æquitati conſentanea eſt.

Sed objicitur *d. §. alteri.* ubi Ulpian. reſpondit: *Pœnam cum ſti-*

pulamur, non illud inſpicitur, quid interſit, ſed quæ ſit quantitas, conditiove ſtipulationis. Reſp. Hoc non eo pertinet, ut quoad executionem inſpiciamus, quantum ex ea ſtipulatione debeatur, quod Azo putavit, ſed quoad validitatem & efficaciam ſtipulationis inſpiciatur, quæ ſit quantitas; quemadmodum & quæ ſit conditio pœnalis ſtipulationis, ut ſi impoſſibilis vel turpis ſit conditio, non valeat ſtipulatio; ut pariter ſi immoderata ſit quantitas, non valeat ſtipulatio. Diſſentit *Fachin. lib. 1. controv. juris. c. 50.* qui tradit, pœnam conventionalem duplum excedere poſſe, niſi ſit in fraudem uſurarum promiſſa. juxta *l. Julianus. 13. §. ibidem Papinianus. 26. ff. de act. empt.* Cui ſuffragatur *Donel in tract. de eo quod intereſt. c. ult.*

ASSERTIO LXXXV.

Improbus fœnerator extra ordinem criminaliter puniri poteſt.

QUod criminaliter extra ordinem judicis arbitrio puniri poſſint improbi fœneratores, notant *DD. ad l. improbum. C. ex quib. cauſ. irrog. infam. Clar. lib. 5. ſent. §. uſura.* verſ. *& ſi ex hoc. num. 5. Menoch. de arb. jud. lib. 2. cent. 4. caſu* 398. *Molin. in tract. de uſur. num. 156.* ubi teſtatur, hanc ſententiam in Pariſienſi parlamento ſervari. Idem refert *Papon. 2. arreſt. 7. num. 24.*

Probatur hæc deciſio duabus firmiſſimis rationibus: Prima eſt, quia improbi fœneratores doloſe agunt, cum ultra præſcriptum a legibus modum ſcienter uſuras exigunt, atque ideo in ſtellionatus crimen incidunt. *l. 3. §. 1.* verſ. *& ut generaliter dixerim. ff. ſtellion.* ubi JC. docet, ſtellionatus crimen objici illis dolo quid faciunt, ſi in nullum certum crimen incidat deceptio: eſt autem crimen ſtellionatus arbitrarium. *l. 2. 3. ff. ſtellion.* Quare & judex pro arbitrio de pœna hujus delicti ſtatuere poteſt. Altera ratio eſt, quod pro quolibet delicto privato, ratione intereſſe publici proceditur ad pœnam extraordinariam. *l. ult. ff. de extraord. crim. l. locatio. 9. §. quod illicite. 5. ff. de publican. & vect.* ne delicta maneant impunita. *d. §. quod illicite.* ubi dicitur, quod qui exigunt aliquid illicitum, extra ordinem puniuntur.

Objicitur, quod nuſquam jure reperitur expreſſum arbitrio judicis criminaliter puniri debere improbos fœneratores. Reſp. Licet pœna ordinaria non ſit ſtatuenda in aliquem, niſi id jure ſit expreſſum. *l. etſi quis. 14. §. Divus. 14. ff. de relig. & ſumpt. fun. &c. §. cum igitur. nov. 2. de non eligend. ſecund. nubent. mulieres &c. Menoch. de arb. jud. lib. 2. cent. 3. caſu 226.* non tamen judex prohibetur ideo ob cauſas prædictas extra ordinem criminaliter improbum fœneratorem punire.

Secundo in contrarium diſputatur, quod debitor ſciens & volens

lens majores uſuras præſtat: atqui ſcienti & volenti nulla fit injuria & dolus. *l. cum donationis.* 34. *C. de tranſact. l. nemo videtur.* 145. *ff. de R. J.* ideoque de injuria conqueri non poteſt, & proinde fœnerator non eſt extra ordinem puniendus, cum abſit dolus aut delictum. Reſp. Præterquam quod debitor non volens, ſed potius neceſſitate coactus, ut ſcilicet conſequatur pecuniam, qua neceſſario indiget, majores uſuras promittittit ac præſtat; facit hoc etiam ad pœnam hanc irrogandam, quod dolus ineſt huic facto, quod creditor contra præſcriptum legum, majores atque illicitas uſuras exigit. unde & crimen ſtellionatus committit, & conſequenter ratione publici præjudicii pœna extraordinaria uſurarius puniri poteſt. Huc accedit, quod fœnerator contemnit leges latas pro utilitate publica, qui contemtus legum & principalium mandatorum, extra ordinem judicis arbitrio puniri poteſt. *Menoch. d. lib. 2. cent. 4. caſu.* 365.

Denique adverſatur, quod dolus criminaliter puniri non poteſt, quando is purgari poteſt actione ex contractu, in quo dolus intervenit. *l. & eleganter.* 7. in princ. *ff. de dolo.* Atqui uſuræ ſupra licitum modum datæ condictione indebiti repeti poſſunt. *l. ſi non ſortem.* 26. in princ. *ff. de cond. indeb. l. indebitas.* 18. *C. de uſur.* Reſp. Hoc non impedit pœnam extraordinariam, cum quod *d. l. & eleganter.* nihil caveat de pœna extraordinaria, quæ ratione publici intereſſe infligitur. tum etiam quod regula illa tantum obtineat, quando dolus conſiſtit in finibus contractus, nec materia apta ſit ad crimen producendum. At fœnus improbum non exercetur tantum in fraudem ejus qui ſolvit uſuras, ſed etiam in fraudem legis prohibentis illicitas uſuras excerceri. Ergo cum materia idonea ſit ad producendum crimen, conſequens etiam eſt pœna extraordinaria crimen improbi fœnoris vendicandum. *Menoch. de arb. jud. lib. 2. cent. 4. caſu* 398. *Borcholt. in tract. de uſur. c. 5. num.* 9. 10. 11. & 12. uſque ad finem.

Assertio LXXXVI.

In ſtricti juris actionibus fructus non veniunt, niſi a tempore litis conteſtatæ.

PRobatur hæc deciſio in *l. videamus.* 38. §. *ſi actionem.* 7. *ff. de uſur. l. ſi filiusfam.* 78. §. *ult. ff. de V.* O. ubi traditur, quod fructus in ſtipulatione, aliiſque ſtricti juris contractibus actori non debentur, niſi poſt litem conteſtatam.

Opponitur *l. in conventionalibus.* 52. §. *ult. ff. de V.* O. ubi dicitur, quod quando quis fundi vacuam poſſeſſionem tradi ſtipulatus eſt, quod iſta ſtipulatio contineat cauſam bonorum, ergo & fructus veniunt. Si enim hoc efficitur iſta ſtipulatione, ut res tradita

dita ſit in bonis ſtipulatoris, hoc eſt, ut ſit in ejus dominio, vel bona fide ab eo poſſideatur. *l. bonorum.* 49. *ff. de V. S.* ſequitur, ut etiam fructus ejus efficiatur. Nam cujus in dominio res eſt, ſive a quo bona fide poſſidetur, fructus ejus fiunt. *l. qui ſcit.* 25. in princ. & *d.* §. 1. *ff. de uſur.* Reſp. Fructus non veniunt niſi a tempore litis conteſtatæ in ſtricti juris actionibus. Quod vero dicitur, quod iſta ſtipulatione efficiatur, ut res perveniat in bona ſtipulatoris, hoc ita intelligendum eſt, ut promiſſor ad tradendum obligatus, teneatur efficere, ut res perveniat in bona ſtipulatoris ſtatim a tempore traditionis; utque non aliter ſatisfaciat promiſſioni, quam ſi efficiat, ut vacuam liberamque poſſeſſionem rei traditæ in ſtipulatorem tranferat. qua traditione facta conſequitur & fructus tanquam commoda poſſeſſionis, a tempore traditionis ſcilicet.

Secundo objicitur *l. ſi ſtipulatus.* 4. *ff. de uſur.* ubi dicitur, ſi quis ſtipulatus ſit rem dari, vacuamque poſſeſſionem tradi, quod fructus poſtea capti petuntur actione ex ſtipulatu. Cum qua lege e diametro pugnat. *l.* 3. §. 1. *ff. de act. empt.* in qua fructus in actione ex ſtipulatu, cum quis vacuam poſſeſſionem tradi ſtipulatus eſt, Pomponius venire negat. Accurſ. Bart. & communiter *DD.* hanc antinomiam ita conciliant, quod in ſtipulatione *rem dari*, vel *vacuam poſſeſſionem tradi*, ſeparatim facta non veniunt fructus, ſed in duabus his ſtipulationibus ſimul junctis, *rem dari, vacuamque poſſeſſionem tradi*, fructuum ratio habetur. Adjectio enim hanc vim habet, ut conjuncta faciant, quorum neutrum per ſe faceret, cum adjectio aliquid debeat operari. *Accurſ.* & *Bart. in d. l.* 4. Verbo enim *dari*, ſatis aperte ſignificatur rem ipſam ejuſque dominium transferri. Ergo ne hæc verba, *vacuamque poſſeſſionem tradi*, otioſe videantur adjecta, conjunctio iſta operatur, ut hoc actum videatur inter ſtipulantes, ut non ſolum res ipſa detur, ſed etiam fructus præſtentur, ſeu ut præſens rei traditio fiat, quæ ſecum adfert fructuum perceptionem. *Donel. ad d. l. in conventionalibus.* §. *ult. num. penult.* & *ult. ff. de V. O.*

Tertio opponitur, quod in *l. fructus.* 44. *ff. de rei vind.* dicitur, quod fructus pendentes ſint pars fundi. Ergo ii ſaltem fructus debentur ex ſtipulatione, qui tempore ſtipulationis fundo cohærent, cum qui totum ſtipulatur, etiam partes ejus cenſetur ſtipulari, quia in toto & pars continetur. Reſp. Quod fructus dicuntur pars fundi, hoc verum eſt in realibus actionibus, non in perſonalibus, quia in realibus omne id peti poteſt, quod ex re propria actoris provenit & ſupereſt, ideoque & fructus peti poſſunt ex fundo actoris percepti. *Bart. ad d. l. ſi filiusfam.* §. *ult.*

Assertio LXXXVII.

Malæ fidei poſſeſſores non tantum de fructibus perceptis, ſed etiam percipiendis tenentur.

Generaliter malæ fidei poſſeſſor tenetur de omnibus fructibus, non ſolum quos percepit, ſed etiam quos percipere potuit. *l. ſi navis.* 62. §. *ult. ff. de R. V.* Sic is qui metum intulit, tenetur actione quod metus cauſa, non ſolum perceptorum, ſed etiam fructuum percipiendorum nomine. *l. ſed & partus.* 12. *ff. quod met. cauſ. geſt. erit.*

Objicitur *l. ſi fundum.* 17. *C. de rei vind.* ubi dicitur, malæ fidei poſſeſſorem de fructibus perceptis teneri. *Reſp.* Quod ibi dicit Imp. malæ fidei emtorem præſtare fructus perceptos, hoc ex aliis legibus ſupplendum eſt, ut etiam de fructibus quos percipere potuiſſet & debuiſſet, teneatur, ut in *d.* §. *ult.* & *l. ait. prætor.* 10. §. *per hanc.* 19. & §. *& fructus.* 20. *ff. quæ in fraud. cred. fact. ſunt. ut reſtit.* & aliis, etiamſi malæ fidei poſſeſſor titulum habeat. *l. domum.* 5. *C. de rei vind.* Non affirmat *d. l. ſi fundum.* eum teneri tantum de fructibus perceptis. Malæ ergo fidei poſſeſſor de omnibus fructibus reſtituendis tenetur. Ita recte contra *Accurſ.* defendit *Cujac. in d. l.* 12. quem ſequitur *Donel. lib.* 20. *comment. c.* 5.

Assertio LXXXVIII.

Bonæ fidei poſſeſſor, qui poſtea cognovit rem eſſe alienam, cum effectu fructus ſuos non facit.

Magna & vehemens eſt antinomia inter *l. qui ſcit.* 25. §. *ult. ff. de uſur.* ubi Julianus ait, poſſeſſorem qui ab initio fuit bonæ fidei, & poſtea cognovit fundum eſſe alienum, fructus ſuos facere; & *l. bonæ fidei emtor.* 48. §. *in contrarium.* 1. *ff. de acq. rer. dom.* ubi Paulus ait, poſſeſſorem qui ab initio fuit in bona fide, & poſtea cognovit rem eſſe alienam, fructus ſuos non facere. Hæc juris loca adeo inter ſe pugnare notat *Baro ad* §. *ſi quis a non domino. inſt. de rer. div.* ut ſine manifeſta calumnia conciliari non poſſint. *Accurſ.* tres ſolutiones adfert pro conciliatione harum pugnantium legum. Primo reſpondet, quod. §. *ult. in d. l. qui ſcit.* procedat de æquitate, ſed contrarium reſponſum de rigore juris. Quæ ſolutio non probanda, quia nulla æquitas militat pro eo, qui ex alieno cupit fructus acquirere: imo contra naturalem æquitatem pugnat, ut quis locupletetur cum alterius jactura. *l. nam hoc natura.* 14. *ff. de cond. indeb.* Secunda ſolutio Accurſ. eſt, quod quæſtio quæ in contrario reſponſo ſcilicet in *d. l. bonæ fidei.* §. *in contra-*

trarium. movetur, deciditur in *d. l. qui ſcit.* §. *ult.* Quæ etiam conciliatio nullius momenti eſt, quia in §. *contrarium.* non tantum hæc quæſtio proponitur, ſed etiam definitur & deciditur. Diſertis enim verbis in eo JC. diſtinguit uſucapionem a fructuum perceptione & acquiſitione; quod uſucapionem non impediat mala fides ſuperveniens, fructuum vero acquiſitionem impediat. Tertia eſt ſolutio *Gl.* quod §. *ult. d. l. qui ſcit.* ita accipiendus ſit, quod poſſeſſor qui ab initio habuit bonam fidem, & poſtea cognovit rem eſſe alienam, maneat quidem in poſſeſſione percipiendi fructus, donec res legitimo judicio fuerit evicta & ablata: verum contrarium reſponſum in *d. l. bona fidei.* referendum ſit ad reſtitutionem ſeu effectum acquiſitionis fructuum, ut ſcilicet non ita fiant fructus poſſeſſoris, ex quo cognovit fundum eſſe alienum, ut reſtituere non teneatur, ſi poſtea evincatur res ipſa. Quæ ſolutio tanquam veriſſima amplectenda eſt, & juſta ratione conſtat. Nam ad plenam & ſolidam acquiſitionem fructuum requiritur, ut poſſeſſor ſit in bona fide, toto eo tempore, quo fructus acquirere contendit. Cum enim ex facto, id eſt, poſſeſſione bonæ fidei, fructuum perceptio dependeat. §. *ſi quis a non domino.* 35. *inſt. de rer. diviſ.* certe ſi ea bona fides non perſeveret, non etiam fructuum acquiſitio durare debet. Summa ergo hæc eſt, quod bonæ fidei poſſeſſor, quamdiu eſt in bona fide, pleno jure fructus ſibi acquirit; poſtquam vero cognovit fundum eſſe alienum, interim quidem eos acquirit, id eſt, tantiſper donec res evincatur. Ita accipienda eſt *d. l. qui ſcit.* §. *ult. ff. de uſur.* Verum ſi exitum eventumque judicii reſpicias, cum effectu ei non acquiruntur. Nam re evicta, fructus ab eo tempore, quo cognovit rem eſſe alienam, & fuit in mala fide, reſtituere tenetur. Ita tradit *Cujac ad.* §. *d. ſi quis a non domino.* & *ad l. quæſitum.* 40. *ff. de adq. rer. dom. in tract. ad Afric. Fachin. lib.* 1. *controv. juris. c.* 59. Aliter decidit *Donel. lib.* 4. *comm. jur. c.* 24. & *Jul. Pacius* aliter *cent.* 5. ἐναντιοφανῶν. *quæſt.* 44. quem ſequitur & approbat *Nicolaus Genoa in conciliationibus legum pugnantium in conciliat. inter l. bonæ fidei.* §. *in contrarium. ff. de acq. rer. dom.* & *l. qui ſcit.* § *ult. ff. de uſur.* Vide etiam pro conciliatione hujus antinomiæ *Duaren. lib.* 2. *diſput. anniverſ. c.* 11.

ASSERTIO LXXXIX.

Bonæ fidei poſſeſſor, etiam extantes fructus induſtriales reſtituere tenetur, contra DONELLUM.

Bonæ fidei poſſeſſor fructus ex aliena re perceptos, tam induſtriales quam naturales lucratur, ſi modo conſumti ſint. *l. bona fidei.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* §. *ſi quis a non domino.* 35. *inſt. de rer. div.*

Conſumtio confirmat dominium fructuum, ita ut jam eorum nomine conveniri non poſſit. Extantes tamen fructus etiam induſtriales officio judicis reſtituere tenetur. *l. certum.* 22. *C. de rei vind.* Hæc eſt vera & certa ſententia communiter a DD. recepta, a qua tamen nove diſceſſit *Donel. lib.* 4. *com. jur. c.* 26. ubi tradidit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus induſtriales extantes pleno jure ſuos facere, neque eum ad reſtitutionem eorum teneri. Sed communis opinio DD. tanquam juri conſentanea, retinenda eſt, rejecta ſententia Donelli, cujus argumentis & rationibus ordine reſpondebo.

Primo objicitur hoc argumentum: Bonæ fidei poſſeſſor idem jus habet in percipiendis fructibus, quod dominus. *l. qui ſcit.* 25. §. *in alieno fundo.* 1. verſ. *porro. ff. de uſur.* Atqui prædiorum dominus fructus ſtatim ſuos facit abſque conſumtione. Ergo & bonæ fidei poſſeſſor. Reſp. In eo comparatur bonæ fidei poſſeſſor domino, quod exemplo domini acquirat fructus jure ſoli, etiam ab alio ſatos. Ita demum tamen eos pleno jure lucratur, ſi conſumſerit. *l.* 4. §. *poſt litem.* 2. *ff. fin. reg.*

II. Objectio. Maritus ex re donata ab uxore fructus induſtriales ſtatim ſuos facit, ut reſtituere eos non cogatur. *l. fructus.* 45. *ff. de uſur.* Item plus juris datum eſt bonæ fidei poſſeſſori quam uſufructuario in percipiendis fructibus. *d. l. qui ſcit.* Sed fructuarius perceptione ſuos fructus pleno jure facit. Ergo, &c. Reſp. In percipiendis fructibus bone fidei poſſeſſor & fructuarius eatenus comparantur, quod uterque jure ſoli fructus ſuos facit, a quocunque ſati ſint, ſed bonæ fidei poſſeſſor conſumtione demum eos perfecte lucratur. *d. l.* 4. §. *poſt litem.* 4.

Tertio objicitur *l. in pecudum.* 28. *ff. de uſur.* ubi dicitur, agnos, hœdos & vitulos ſtatim pleno jure fieri bonæ fidei poſſeſſoris. Reſp. Fructus ſtatim fiunt bonæ fidei poſſeſſoris, ut ſcilicet uſucapione non indigeant. *l.* 4. §. *lana.* 19. *ff. de uſucap.* Sed tamen extantes tenetur reſtituere. Nam ut ait *d. l. bona fidei.* 48. *ff. de acq. rer. dom. poſſeſſor bonæ fidei fructus percipiendo ſuos interim facit.* id eſt, quandiu adhuc extant, non plene eos lucratur, ſed accedente demum conſumtione, perfecte eos lucratur.

Quartum argumentum Donel. Nullo jure, nullaque actione fructus extantes induſtriales a bonæ fidei poſſeſſore peti poſſunt. Ergo eos lucratur. Primo non rei vindicatione, quia ſunt bonæ fidei poſſeſſoris; non condictione ſine cauſa, quia eos ſuos facit pro cultura & cura; denique nec officio judicis, quo ea præſtantur, quæ poſt litem conteſtatam circa rem petitam eveniunt. *l. ædiles.* 25. §. *item ſciendum.* 8. *ff. de ædil. edict.* Reſp. Et condictione ſine cauſa, & officio judicis fit reſtitutio fructuum extantium. Nam incidente mala fide, & re evicta, cauſa adquirendorum fructuum ad non cauſam redit. Atqui id quod alterius apud alterum ſine cauſa eſt, condici poteſt, *l.* 1. in fin. *ff. de cond. ſine cauſ.* Deinde etiam officio

judicis hi fructus reſtituuntur. Nam & officium judicis ad fructus perceptos ante litem conteſtatam pertinet, ſi modo extent. *l. ſi fundus. 16. §. in vindicatione* 3. in fin. *ff. de pignor.*

ASSERTIO XC.

Fructus & uſuræ legatorum a tempore moræ debentur.

QUod heres non a litis conteſtatione tantum, ſed a tempore moræ debeat legatorum & fideicommiſſorum uſuras & fructus, aperte traditur in *l.* 3. in princ. *ff. de uſur.*

Verum repugnat *l.* 1. & 2. *C. de uſur. & fruct. legat. ſeu fideicom.* ubi dicitur, fructus & uſuras legatorum ex eo die deberi, quo lis conteſtata eſt. Idem traditur in *l. quæſitum.* 91. §. *ult. ff. de leg.* 1. Reſp. ex ſententia Accurſ. & Bart. hæc ita accipienda eſſe, ſi ante litis conteſtationem mora nulla præceſſerit. Nam ſi mora commiſſa ſit in legato & fideicommiſſo præſtando ante litem conteſtatam, tunc heres etiam ad fructus & uſuras legatorum tenetur a tempore moræ. *l. equis.* 8. & *l. equis.* 39. *ff. de uſur. l. ſi quis bonorum.* 23. *ff. de leg.* 1. *l. ſi quis ſervo.* 84. *ff. de leg.* 2. text. ad literam in *l. is qui fideicommiſſum.* 26. *ff. de leg.* 3.

Secundo adfertur in contrarium hoc argumentum. Fructus ſpeciei legatæ ad eum pertinent, qui ipſius rei dominus eſt. *l. ſi tibi homo.* 86. §. *cum ſervus.* 2. *ff. de leg.* 1. *l. Herennius* 42. *ff. de uſur.* Sed legatarius a die aditæ hereditatis conſequitur rei legatæ dominium. *l. a Titio.* 64. *ff. de furt. d. l. ſi tibi.* 86. §. *cum ſervus.* 2. Ergo & fructus legati ad eum pertinent a die aditæ hereditatis, etiam ante moram heredis. In hoc ſalebroſo articulo ita dicendum videtur, quod omnes fructus ante aditam hereditatem lucro heredis cedant. *l. quod ſervus.* 38. *ff. de leg.* 2. *l. nihil.* 120. §. *ult. ff. de leg.* 1. Adita hereditate heres fructus legatorum non facit ſuos, qui ſcit rem legatam eſſe, quia eſt in mala fide, & in mora reſtituendi legatum. *l. quæſitum.* 40. *ff. de acq. rer. dom. d. l. Herennius.* Quod ſi ignoret, debebuntur fructus a die moræ, ſi mora contracta ſit. *d. l. ſi quis ſervo. ff. de leg.* 2. *d. l. equis. ff. de uſur.* Sin minus, a tempore litis conteſtatæ. *l.* 1. & *ult. C. de uſur. & fruct. leg. ſeu fideicom.* Ita decidit *Coſtal. ad l.* 3. *ff. de uſur.* & eum fere ſecutus *Cujac. lib.* 3. *ſent. Pauli c.* 6. Vide aliter de hac quæſtione ſubtiliter differentem *Anton. Fabrum. lib.* 7. *conject. c.* 3. & 4. & *in error. pragmat, decade* 11. *errore* 2. & 3.

Assertio XCI.

Fratris teſtimonium jure civili non eſt admittendum.

AN frater in cauſa fratris teſtis eſſe poſſit, quæritur. Et vulgo traditur a DD. quod frater pro fratre in teſtem admitti poſſit, idque ex hac ratione, quod nulla lege prohibitus videatur. Quibus autem lege non interdicitur teſtimonium, ii omnes ſunt idonei teſtes. *l.* 1. *ff. de teſtib.*

Sed hæc ſententia communis merito reprobatur, ex hoc fundamento, quod domeſticum teſtimonium in jure nullam meretur fidem. *l. pen. ff. de teſt. l. C.* 2. *eod.* Domeſticus autem teſtis dicitur, non ſolum qui habitat cum producente, & cui ipſe imperare poteſt, ſed & qui de ejus familia eſt, quique ei propinqua agnatione & conſanguinitate junctus eſt. §. *in teſtibus.* & ibi *Theoph. inſt. de teſt. ord. l. item.* 5. *ff. quod cujuſque univerſ. nom. &c. l. unic. C. de emend. propinq. l. perſpiciendum.* 11. §. *furta. ff. de pœn. Duar. lib.* 1. *diſp. c.* 28. Quibus legibus fratres diſerte referuntur inter domeſticas perſonas, unde & eorum teſtimonium merito rejicitur. *Altera* prohibitionis ratio eſt, nimia affectio, propenſio & benevolentia, qua domeſtici ſuos agnatos & propinquos proſequuntur. Cum enim judex iis teſtibus fidem adhibere debet, qui tam ſancte & incorrupte teſtantur, ut gratiæ vel favori non cedant; ſequitur, quod propter nimiam benevolentiam & neceſſitudinem, qua facile a vero abduci poſſunt, fratres ſibi invicem non ſint legitimi teſtes. *l. eos.* 4. *C. de teſtib.* Hæc etiam ſententia evidenter jure canonico comprobatur in *c. accuſatores.* 12. 3. *q.* 5. ubi reſcribitur, *ne conſanguinei accuſatores adverſus extraneos teſtimonium dicant*, addita hac ratione, *quia propinquitatis affectio veritatem impedire ſolet.*

Hujuſmodi ergo in hoc caſu tenenda eſt diſtinctio, quod aut fratres ſunt in patris poteſtate, & tunc nec pro ſe, nec contra ſe poſſunt teſtificari; poteſtas enim facit, ut ſit domeſticum teſtimonium. *d.* §. *in teſtibus.* Aut ſunt emancipati, & tunc in teſtamento alter alteri teſtis eſſe poteſt; in judicialibus vero teſtimoniis, alter pro altero, vel contra alterum, non admittitur. *l.* 4. *ff. de teſtib.* & ibi *Accurſ. l. qui teſtamento.* 20. §. *per contrarium.* 2. *ff. de teſtam.* Ita *Vigl.* & *Weſemb.* contra communem DD. ſententiam *in d.* §. *teſtibus.* recte decidunt. Adſtipulatur *Petrus Grangianus in paradoxis juris civilis cap.* 45. Ratio diverſitatis eſt, quia in teſtamentariis cauſis non militat ea affectio, quæ in aliis negotiis. In teſtimoniis enim, quæ in teſtamentis adhibentur, nihil acquiritur defuncto, nec de teſtatoris commodo agitur, ſed hoc præcipue ſpectatur, ut ultima voluntas defuncti exitum ſortiatur. Alias certe ſi de ejus commodo

do ageretur, pro quo teſtes producuntur, fratres ſibi invicem teſtimonium præbere non poſſent. *l.* 2 & 5. *C. de teſtib.* Illud bene notandum, quod uno ſingulari caſu admittantur fratres, ſicut & aliæ domeſticæ perſonæ, puta ſervi & ancillæ, in teſtes, ſcilicet in probando crimine adulterii vel majeſtatis, quando alii teſtes non poſſunt haberi. textus eſt in *l. conſenſu.* 8. §. *ſervis etiam.* 6. verſ. *ſuper plagis. C. de repud.* ubi additur elegans ratio, quoniam quæ domi geruntur, non facile per alios ſciri & cognoſci poſſunt.

Objicitur *l.* 4. *ff. de teſtib.* ubi frater prohibetur, ne invitus dicat teſtimonium contra fratrem. Ergo a contrario ſenſu, pro fratre admittendus videtur, ſi velit. Reſp. Neque contra fratrem, neque pro fratre teſtis eſſe poteſt. Ratio eſt, quia teſtis pro utraque parte veritatem dicere debet. Ergo neque pro fratre dicere poterit teſtimonium, quia præſumitur plus affectioni & amicitiæ fraternæ, quam veritati tributurus. Diſſentiunt *Joan. Robertus lib.* 4. *ſenten. c.* 2. *Menoch. de præſumpt. lib.* 2. *præſumpt.* 53. ubi tradit fratris teſtimonium repellendum eſſe, in cauſa criminali: ex quo injuria uni fratrum illata, cenſetur & alteri eſſe illata. *l. lex Cornelia.* 5. *ff. de injur.* In cauſa vero civili, maxime levi, teſtimonium fratris recipiendum adſtruit. Idem ſtatuit *Menoch. in arbitr. jud. quæſt. centur.* 2. *caſu.* 204.

ASSERTIO XCII.

Per rerum naturam factum negantis nulla eſt probatio.

Regula hæc confirmatur multis legibus: primo per *l.* 2. *ff. de probat. l. actor.* 23. *C. eod. l. aſſeveratio.* 10. *C. de non num. pec.* ubi dicitur, quod *per rerum naturam factum negantis nulla eſt probatio.* Rationes hujus regulæ duæ potiſſimum adferuntur. Prima eſt, quod non entis nulla ſunt genera & propria, nulla accidentia, nullæ differentiæ aut qualitates, nullaque principia & cauſæ exiſtunt, a quibus ſicuti definitiones, ita etiam probationes ſumendæ ſunt: quia probatio nihil aliud eſt, quam vera facti alicujus definitio atque demonſtratio. Secunda ratio eſt, quod ea quæ non ſunt in rerum natura, non poſſunt ſciri, nec cadunt in ſenſum corporeum teſtis, atque ita probari non poſſunt per teſtes: cum teſtes non debeant deponere niſi de his, quæ percipiuntur ſenſu corporis. *l. teſtium.* 18. *C. teſtib. l. qui teſtamento.* 20. §. *penult. ff. de teſt.*

Porro quia hic tractatus de probatione negativæ eſt diffuſus & controverſus, ideo ut facilior ejus ſit cognitio, adhibenda eſt diſtinctio negativarum. Negativa poſitio eſt triplicis generis, facti, juris, & qualitatis, ut tradit *Accurſ. in l.* 2. *ff. de probat.* Negativa

meri & ſimplicis facti non eſt probabilis, puta ſi quis dicat, Titium non ſolviſſe, non contraxiſſe, non numeraſſe. Negativa vero facti determinati loco, tempore, vel ſimili circumſtantia, probari poteſt & debet: ut ſi dicam pecuniam certo die & loco numeratam eſſe. probabitur hujus negativa, ſi doceam me eo die in eo loco non fuiſſe, quo pecunia numerata dicitur. *l. optimam.* 14. *C. de contr. ſtip. Lanfran. in c. quoniam. num.* 3. *de probat.* Negativa qualitatis eſt, ſi negetur in re vel perſona aliqua qualitas requiſita, puta ſi negetur aliquis ſolvendo eſſe, vel conveniendo. Negativa autem hæc probari debet ab eo, qui intentionem ſuam in ea fundat; alias ſuccumbit. *l. in illa.* 8. *l. hoc jure.* 10. *l. ita ſtipulatus.* 115. verſ. *quod ſi ab initio. ff. de V. O.* Sic in *l. cum de lege.* 17. *ff. de probat.* heres qui allegat hereditatem non ſatis eſſe locupletem ad integra legata ſolvenda, & propterea vult de legatis detrahere Falcidiam, probare tenetur non tantum eſſe in bonis defuncti; quod facile probari poteſt, ſi doceat ex libris rationum, defunctum non amplius habuiſſe in bonis. Sic qui negat defunctum fuiſſe ſanæ mentis, & ita teſtamentum facere non potuiſſe, id probare cogitur. *l. nec codicillos.* 5. *C. de codicil.* quod facile evincet, ſi demonſtret eum ridicula & indigna ſanæ mentis hominibus locutum, veſtes conſcidiſſe, lapides projeciſſe, &c. Denique eſt negativa juris, quæ etiam probanda eſt ab eo, qui ſe in ea fundat: ut ſi quis neget, legitime & ſecundum formam juris aliquid eſſe factum. Exemplum eſt in *l.* 5. *ff. de probat.* ubi qui negat emancipationem eſſe rite factam, id probare cogitur. Ideo autem negativa juris probari debet, quia omnia præſumuntur legitime & ſecundum juris diſpoſitionem eſſe acta, niſi contrarium probetur. Sic ſtipulatio præſumitur recte & ſollenniter contracta, ſi in epiſtola vel inſtrumento ſcriptum ſit aliquem promiſiſſe. §. *ſi ſcriptum.* 16. *inſt. de inut. ſtip. l.* 1. *C. de contr. ſtip.* Sic ſi ſcripſerit quis ſe fidejuſſiſſe, præſumitur efficaciter per ſtipulationem concepta fidejuſſio. §. *ult. inſt. de fidejuſ.* Ideoque ei qui negat ſolennitatem juris in aliquo actu fuiſſe abhibitam, ei incumbit probatio.

Obſtat huic aſſertioni *l. generaliter.* 13. *C. de non num. pec.* ubi dicitur, ſi agatur ex chirographo debitoris, qui ſcripſit ſe debere ex cauſa emtionis vel mutui, & reus neget ſe emiſſe, vel mutuum accepiſſe, niſi hoc probaverit reus, rem ſcilicet ita peractam non fuiſſe, quod condemnari debeat. Reſp. Quando nullum emiſſum eſt chirogaphum, & petitur pecunia credita, reus vero negat numeratam eſſe, niſi actor probet numerationem, probatio a reo non exigitur. At in caſu *d. l. generaliter.* ſcriptura ſeu chirographum debitoris intervenit, quo debitor promiſit ſe ex certa & legitima cauſa pecunias vel alias res debere, ideoque exigitur probatio a reo, quia indignum eſt, quem ſuam confeſſionem velle retractare, & a proprio teſtimonio recedere

Sic

Sic etiam cum in inſtrumento publico deſcriptum eſſet Titium fundum ſuum alteri donaſſe, & Titius hoc negaret, tenetur negativam hanc probare, quia præſumtio eſt pro inſtrumento, donec probetur contrarium. *l. cum precibus.* 18. *C. de probat.* Quoties enim lex quid præſumit, tunc neganti id quod præſumitur, incumbit probatio, quia præſumtio juris transfert onus probandi in adverſarium. *l. ſive poſſidetis.* 16. *C. de probat.*

Secundo videtur obſtare *l. non epiſtolis.* 13. & *l. non nudis.* 14. *C. de probat.* ubi qui negat aliquem eſſe filium, tenetur id probare. Reſp. Tunc probatio ab eo requiritur, qui negat aliquem eſſe filium, ſi is filius antea communi opinione habitus & reputatus fuit pro filio, puta ſi in epiſtolis vel ſcripturis aliis privatus nominatus eſt filius a patre, vel ſi fuit in quaſi poſſeſſione filiationis. Alias ipſi filio affirmanti ſe filium eſſe incumbit probatio. *l. quidam.* 15. *ff. de probat.*

Tertio opponitur *l. nec codicillos.* 5. *C. de codicil.* ubi qui negat aliquem fuiſſe ſanæ mentis, & ideo non potuiſſe teſtamentum facere, cogitur id probare. Reſp. Quando præſumtio juris ſtat pro eo qui quid aſſerit, tunc reo neganti incumbit onus probandi contrarium. Præſumitur autem ſecundum naturam, quod quilibet homo ſit ſanæ mentis; ergo neganti incumbit probatio, quia præſumtio juris transfert onus probandi in adverſarium. *l. ſive poſſidetis.* 16. *de probat. l. cum de indebito.* 25. *ff. eod.* Vel dic, omnes negationes, quæ effectum affirmationis habent, probari debent. Sic ſi nego teſtatorem ſanæ mentis fuiſſe, dico furioſum fuiſſe, ideoque id probare debeo. Verum meræ negationes probari non poſſunt, ut ſi accuſatus cædis, dicat ſe non feciſſe.

Quarto negativam probari poſſe, convincitur ex *l. ult. C. de reb. cred.* ubi cum legatarius juraſſet ſibi legatum deberi, poſtea ex ſuperveniente teſtamento probatur contrarium, legatum ſcilicet non fuiſſe relictum. Similiter adfertur *l. 2. C. de error. advoc. &c.* ubi probatur, ſententiam condemnatoriam non fuiſſe contra aliquem latam. Reſp. Ibi non fuit negativa ſimplex propoſita, ſed coarctata loco & tempore, quæ probanda eſt, utpote quod dicat reus, judicem a quo iſta ſententia prolata dicitur, tunc temporis cum ſententia pronuntiata eſſe dicitur, fuiſſe mortuum vel abſentem, ſecundum *l. optimam.* 14. *C. de contr. ſtip.* Sic etiam ex teſtamento prolato, probatur in tali teſtamento, eo anno & die a tali teſtatore condito, nihil eſſe legatario relictum: quæ non eſt negativa ſimplex, ſed coarctata loco, tempore, & perſona.

Quinto & ultimo obſtat *l. ſi duo.* 13. §. *ult. ff. de jurejur.* Ubi præſtito juramento probat quis ſe dare non oportere, vel non debere. Reſp. Jusjurandum non eſt legitima probationis ſpecies; nam magis relevat jurantem ab onere probandi, quam vere probat. *l. eum qui.* 38. in princ. *ff. de jurejur.*

ASSER-

Assertio XCIII.

Ob ſemiplenam probationem, puta unum teſtem, deferri non poteſt a judice jusjurandum, contra communem DD. ſententiam.

PRobatur hæc ſententia hoc modo. Paria ſunt non probare, ſeu nihil probare, & imperfecte ſeu vitioſe probare, arg. *l. quoties. ff. qui ſatiſd. cog.* Quia cum lex exigit probationem, hoc de juſta & legitima probatione accipitur, quæ fit per duos teſtes, & inſtrumenta indubitata. *l.* 3. in princ. *l. ubi numerus.* 12. *ff. de teſtib. l. ult. C. de probat.* Sicut ergo actore nihil omnino probante reus abſolvi debet. *l. qui accuſare.* 4. *C. de edend.* ſic etiam ſemiplene & imperfecte probante, abſolvendus eſt Reus, & juramenti delationi non eſt locus. Præterea imperfectum & inutile in jure pro eodem accipuntur. Sic imperfectum teſtamentum dicitur, quod jure non valet. *l. hac conſultiſſima.* 21. §. *ex imperfecto.* 1. *C. de teſtam. l. ſi is qui.* 25. *ff. eod. tit.* Hinc ſequitur propter unum teſtem jusjurandum actori deferri non debere, quia unius teſtimonium pro nulla & inani probatione habetur, & unius teſtis reſponſum lex audiri omnino vetat, cum vox unius, ſit vox nullius. *l. jurisjurandi.* 9. *C. de teſtib.* Similiter non haberi quæſtionem ob unum teſtem, ne de ſervis quidem alienis, probationis habendæ gratia, probat. *l. maritus.* 20. *ff. de quæſt.* Confirmatur & hæc deciſio hac æquiſſima ratione, quia iniquum eſt, quenquam in re ſua teſtem aut judicem fieri, invitis adverſariis, de quorum præjudicio agitur. *l.* 3. *ff. de jurejur. l. nullus.* 10. *ff. de teſtib. l. Julianus.* 17. *ff. de judic.* Quod fieret hoc caſu, ſi actor qui leviſſimum pro intentione ſuæ aſſertionis momentum attuliſſet, ſtatim poſſet jurejurando cauſam ſuam probare, & victoriam obtinere.

Vulgo interpretes pro communi opinione confirmanda adferunt *l. Theopompus.* 14. *ff. de dot. præleg.* ex qua colligunt, unius teſtis teſtimonio fidem adhiberi. Sed male a DD. hanc legem acceptam erudite docuit *Alciat. lib.* 2. *Parer. c.* 19. Ibi enim teſtator commiſerat amico cuidam, ut filiæ ſuæ, cum in matrimonium collocaretur, dotem ex arbitrio ſuo conſtitueret, quod fecit. Ibi ejus opinioni & deciſioni ſtatur, quia non tanquam teſtis, ſed potius velut arbiter fuit electus a teſtatore, & ideo creditur huic ſoli, quod teſtator voluit, ut ejus arbitrio & cenſuræ ſtaretur.

Secundo objicitur, quod dicitur in *l.* 3. *C. de reb. cred.* & *l. admonendi.* 31. *ff. de jurejur.* ubi traditur, deferri poſſe a judice jusjurandum propter inopiam probationum. Reſp. Hoc de tali inopia eſt accipiendum, quando actor ſuam intentionem probavit, deinde reus ſuam quoque intentionem e contra ſufficienter probat. Ita *Donel.* tradit *ad. tit. de jurejur. c.* 11. & *Duaren. lib.* 2. *diſp. c.* 33. qui ejus

ejus doctrinæ primus fuit auctor & aſſertor. Quos ſequitur & approbat *Antonius Faber in error. pragmat. decade* 19. *error.* 2. Idque probant hoc potiſſimum argumento. Quando actor probat ſuam intentionem, & reus e diverſo ſuam negationem, judex ſine juramenti delatione non poteſt litem decidere. Cum enim ab utraque parte probata eſt cujuſque aſſertio, judex non habet, quod in definienda lite ſequatur, & dubius eſt, in quam partem magis propendeat. Neque enim poterit reum condemnare, quia ipſe probationem actoris contraria probatione infregit, & deſtruxit: nec quoque reum abſolvere poterit, quando actor ſuam intentionem plene probavit. Reſtat igitur ut jurejurando, quod litium omnium finis eſt & ſecuris, dubium negotium decidat.

Tertio adverſatur huic concluſioni *l. ult. C. de fideicom.* ubi cum legatarius peteret legatum, quod ſine ſcriptura & abſque præſentia teſtium ad hoc ſpecialiter rogatorum erat relictum, & heres illud ſolvere recuſaret, quia legatarius non peterat docere de legato, defertur a judice jusjurandum heredi; quo delato ipſe vel jurare cogitur nihil omnino legatario fuiſſe relictum, vel ſi jurare recuſet, ſolvere legatum cogitur. Reſp. *gloſ.* communiter approbata *in d. l. ult.* eam *l.* ita intelligit, ut procedat, quando heres conventus a legatario ex minus ſolenni teſtamento, negat ab initio ullum legatum fuiſſe relictum, & demum delato ſibi juramento, oppoſuit legatum quidem fuiſſe relictum, ſed in voluntate minus ſolenni: hoc enim caſu ſolvere cogitur heres legatum vere relictum, quantumvis in teſtamento minus ſolenni. Idque in pœnam & odium mendacii eſt ſtatutum, quia heres ab initio fraudulenter negavit legatum ullo modo relictum: unde non licet illi tunc recurrere ad illam ſubtilitatem, quod ex minus ſolenni teſtamento legata non debeantur, arg. *auth. contra qui propriam. C. de non num. pec.* Quod ſi ab initio heres confiteatur legatum quidem fuiſſe relictum, ſed in minus ſolenni teſtamento, tunc heres non cogetur ſolvere legatum aut jurare. *l. ſi veritas.* 23. & *l. ex teſtamento.* 29. *C. de fideicom.* Poſtremo notandum, quod contraria ſententia, quæ communiter a DD. eſt recepta, puta quod propter ſemiplenam probationem, a judice deferatur ei qui ſemiplene probavit, jusjurandum, per *l.* 3. *C. de reb. cred.* & *c. ult extr. de jurejur.* judicando confirmata eſt in curia provinciali Hollandiæ. 8. Julii. anno 1583. Ita deciſum extat in *deciſion. curiæ Holland. & Weſtfriſ. deciſ.* 57. Eandem quoque ſententiam judicando comprobarunt domini aſſeſſores in camera imperii Spirenſi, ut notat *Andr. Gail lib.* 2. *obſerv. c.* 20.

Lex iſta hoc tantum dicit, quod reus fiſco teneatur edere inſtrumenta, quæ ad cauſam, ex qua acturus eſt fiſcus, faciunt: non autem exprimit, quando ad iſtam editionem teneatur. Unde accipiendus eſt ita textus, quod cum fiſcus ibi agat ad pœnam, non aliter facienda ſibi ſit editio inſtrumentorum, quam ſi reus ad hoc jure communi teneatur, puta ſi ipſe inſtrumentis in judicio utatur: acta enim judicaria ſine diſtinctione litigantibus ſunt edenda. *l.* 1. §. *edenda.* 3. *ff. de edend. l.* 2. *C. eod.* vel fiſcus iis uti velit pro intentione ſua jam fundata adjuvanda, & aliis caſibus jure communi conceſſis; utque ſic declaretur textus per alias leges magis in ſpecie loquentes, puta per *d. l. quod placuit.* & *d.* §. *item Divi fratres.* Ratio diverſitatis eſt, quod nimis grave eſt in cauſa ſanguinis ex adverſarii domo probationes petere, ſeque propriis armis conficere, & propriam turpitudinem detegere. *l. alias autem.* 18. *ff. de jurejur.* Porro actor tenetur reo edere inſtrumenta pro exceptione ejus fundanda. *l. non eſt novum.* 5. & *l. ult. C. de edend.* Ratio diverſitatis inter actorem & reum eſt, quod cum rei inviti ad judicium trahantur, & ſe velint nolint defendere cogantur. *l. pure.* 5. §. *ult. ff. de except. doli.* præparare ſe, ignari quando convenirentur, non potuerunt: æquitas igitur ſuadet, ut actor reo rationes, ſuaque inſtrumenta edat, ex quibus ſe ad judicium inſtruat & præparet.

Secundo adverſatur huic concluſioni *l.* 1. *C. de edend.* ubi ſancitur, judicem diſpicere debere, quando reus rationes ſuas actori exhibere cogatur. Reſp. Regulariter reus non tenetur actori pro intentione ſua probanda rationes, & inſtrumenta ſua exhibere, ſed certis tantum ſpecialibus caſibus ad hoc cogitur, unde additur in *d. l.* 1. *ex cauſa ad officium judicis pertinere*, ut hoc ſtatuat. Certi autem & ſpeciales caſus, quibus reus ad hoc tenetur ſunt hi: Primus eſt, ſi mandato actoris reus rationes conſcripſit; is enim quiſquis ſit, actori edere tenetur, quia hoc caſu inſtrumenta ad actorem pertinere videntur. *l. ſi quis ex argentariis.* 6. §. *prætor.* 8. *ff. de edend.* Secundus eſt, ſi reus ratione publici officii, quod exercet, ad edendum tenetur, puta ſi ſit argentarius, collectarius, vel nummularius. Horum enim officium publicam habet cauſam, & principalis eorum opera eſt, ut actus ſui rationes diligenter conficiant. *l. prætor.* 4. & *l. argentarius.* 10. *ff. de edend.* Quod dictum eſt de argentariis, etiam recte extenditur ad tabelliones, ſeu notarios, quorum etiam officium eſt publicum, & ad hoc introductum, ut de actibus & coram iis geſtis publica inſtrumenta & ſcripturas conficiant. Itaque ſi notarius de re ad me pertinente confecit inſtrumentum, & a me in judicio convenitur, poſſum eum cogere ad editionem iſtius inſtrumenti. Ita notat *Bart.* & *Zaſius num.* 3. *ad l. prætor. ff. de edend. Decius* qui appellatur Hercules juris *ad l.* 1. *num.* 10. *de edend.* Approbat *Menoch. in arbitr. jud. lib.* 2. *centur.* 5. *caſu* 499. *num.* 8.

Secundo

Secundo hoc etiam procedit in fœneratoribus & uſurariis. Nam & illi tenentur in cauſis uſurarum contra ſe edere & exhibere libros & codices ſuarum rationum. textus eſt in *Clement.* 1. §. *ceterum extr. de uſur.* ubi additur elegans ratio, *quod cum plerumque occulte & doloſe ineunt contractus uſuraria pravitate, niſi libris & codicibus rationum ſuarum inſpectis, & proditis.* Tertius caſus eſt, quando reus iis rationibus in judicio ad cauſam ſuam defendendam uteretur; tunc enim actori tenetur edere. *l.* 1. §. *edenda.* 3. *de edend.* quia acta judiciaria omnibus litigatoribus, quorum intereſt, ſunt edenda. *l.* 2. *C. de edend.*

Tertio opponitur, quod nemo ea adverſus ſe exhibere cogitur, unde ſibi fiat negotium. *l. nimis grave.* 7. *C. de teſtib.* Ergo nec actor reo inſtrumenta edere tenetur. Reſp. Illa lex de reo loquitur, quod ſcilicet reus non tenetur actori edere inſtrumenta. Quod oſtendit vox *intentionis* in allegata lege poſita, quæ libellum vel petitionem actoris ſignificat. *l. ſi quis intentione.* 66. *ff. de judic. l.* 2. *ff. de except.*

Quarto refragatur *l.* 1. *ff. de except.* ubi traditur, quod reus in exceptionibus loco actoris habetur. Ergo nec actor reo tenetur edere inſtrumenta ad exceptionem ſuam probandam. Reſp. In hoc reus vicem actoris obtinet in exceptionibus, quod ſicut actor ſuam intentionem, ita reus ſuam exceptionem probare tenetur. Verum in modo & forma probandi magis privilegiati & favorabiles ſunt rei quam actores; nam ad fundandam & ſtabiliendam exceptionem actores reis inſtrumenta ſua edere tenentur, idque ex vulgata juris regula, quod favorabiliores ſint rei quam actores. *l. favorabiliores.* 125. *ff. de R. J. l. Arrianus.* 47. *ff. de obl. & act. l. abſentem.* 5. *ff. de pœn.*

Poſtremo objicitur, quod actor reo non tenetur edere nomina teſtium qui contractui interfuerunt. *l. non ex omnibus.* 39. *ff. de recept. qui arbitr. &c.* Igitur nec inſtrumenta. Reſp. Hoc ſpecialiter introductum eſt, ne reus interim teſtes ſubornet, & ad falſum committendum alliciat: & ideo alia ratio in exhibendis teſtibus, quam in producendis inſtrumentis militat. Vide pulchre & late de hac quæſtione diſſerentem *Menoch. in arbitr. jud. lib.* 2. *centur.* 5. *caſu* 499. ubi refert & explicat 12. caſus, quibus reus actori inſtrumenta vel rationes edere cogitur.

ASSERTIO XCV.

Infames in cauſis criminalibus teſtes eſſe prohibentur, in civilibus vero plenam fidem non merentur.

Probatur hæc ſententia in *l.* 3. §. *pen. ff. de teſtib.* ubi dicitur teſtes propter infamiam & notam vitæ non eſſe admittendos ad teſtomonium. Facit *d. l.* 3. in princ. ubi dicitur, quod judex in fide

de teſtium diligenter examinare debet, an honeſtæ & inculpatæ vitæ ſint, an vero notati & reprehenſibiles. Ex quo colligitur, quod infamibus non tanta adhibeatur fides, ſicut iis, qui ſunt integræ exiſtimationis. §. 1. *nov. 90. de teſtib.* ubi traditur teſtes honeſtam & inculpatam vitam debere oſtendere. In criminalibus cauſis infames indiſtincte teſtes eſſe non poſſunt. *l. quæſitum.* 13. *ff. de teſtib.* ubi dicitur, damnatum de calumnia non debere admitti ad teſtimonium in publicis judiciis: & additur ratio, quia ad judicis officium pertinet, ejus teſtis teſtimonium perpendere, qui eſt integræ frontis, id eſt, qui non eſt infamis. Denique manifeſte confirmat hanc aſſertionem *l. 2. ff. de ſenator.* ubi dicitur, quod ſenator propter turpitudinem e ſenatu remotus, neque judex, neque teſtis eſſe poteſt.

Objicitur §. *ſi vero ignoti.* 1. *nov. 90. cap. 1. de teſtib.* ubi dicitur obſcuris & vilis conditionis teſtibus credi, ſed cum tormentis. Reſp. Novella illa loquitur de obſcurarum & ignobilium perſonarum teſtimonio, ſcilicet quæ ſunt obſcuriores & plebejæ perſonæ, ſed tamen non ſequitur eos propterea eſſe infames.

Secundo opponitur hoc argumentum: Certæ & particulares quædam perſonæ infames a teſtimonio dicendo repelluntur. *l. 3. §. penult. ff. de teſtib.* Ergo non omnes infames removentur, ex vulgata juris regula, quod incluſio unius eſt alterius excluſio. *l. cum prætor.* 12. in princ. *ff. de judic.* Reſp. Nominatim & ſpecialiter certis legibus publicorum judiciorum infames non prohibentur a teſtimonii dictione, ſed tacite & generaliter ſatis legibus arcentur a teſtimoniis, quia in *d. l. 3.* in princ. & §. *ult.* ait JC. judicem explorare debere in perſona teſtis, ſit ne honeſtæ & inculpatæ vitæ, an vero notatus & reprehenſibilis: item teſtes propter notam & infamiam vitæ admittendos non eſſe ad teſtimonii fidem.

Tota autem hæc res arbitrio & prudentiæ judicis committitur: cujus eſt prudenter æſtimare, quanta fides habenda ſit teſtibus, dignitate ſcilicet, honeſtate, ac fide teſtium diligenter inſpecta & ponderata. *l. 3. §. ideoque Divus.* 1. *l. ob. carmen.* 21. *ff. de teſtib. Menoch. de arb. jud. lib. 1. quæſt.* 27. ubi notat, in criminalibus cauſis infames plane teſtes eſſe non poſſe. Et hanc ſententiam, quod infames in criminalibus cauſis generaliter teſtimonium dicere non poſſunt, communi DD. ſuffragio receptam eſſe notant *Jul. Clarus in pract. §. ult. quæſt.* 24. verſ. *quæro modo. Didac. Covar. in tractat. de ſponſ. 2. part. c. 8. §. ult. num.* 8. *Donell.* vero *c. 1. in tract. de teſtib.* putat, tunc infames non admitti ad teſtimonium, ſi alia probatio ſuppetat. Confirmatur & hæc aſſertio auctoritate juris canonici, per textum in *c. licet cauſam. extr. de probat.* ubi dicitur, quod *teſtibus qui malæ famæ, vel levis opinionis ſunt, nulla vel modica fides adhibenda eſt.*

Assertio XCVI.

Teſtes, cum de fide inſtrumentorum nihil dicitur, contra inſtrumentum audiri non debent.

Comprobat hanc ſententiam *Paulus. lib. 5. ſentent. tit.* 15. Idem probat *l.* 1. *C. de teſtib.* ubi ſtatuitur, inſtrumentis probandam eſſe cauſam ingenuitatis: ſoli enim teſtes ad probationem ingenuitatis non ſufficiunt. Ratio eſt, quia plus virium habent contractuum inſtrumenta, vel tabulæ teſtamenti, quam nudæ aliorum teſtium voces. *l. ſcripturas.* 11. & *auth. ſeq. C. qui pot. in pign. hab.* Et cum ſcriptum eſt aliquid in inſtrumento, videntur omnia ſolemniter & legitime eſſe acta. *l. ſciendum.* 30. *ff. de V. O. §. ult. inſt. de fidejuſſ.*

Hinc etiam contra chirographum non admittuntur teſtes ad ſolutionem debiti chirographo comprehenſi, niſi quinque numero, qui ſolutioni præſentes interfuerunt. *l. teſtium.* 18. *C. de teſtib.* Scriptum non niſi contrario ſcripto refellitur; itaque chirographum apocha vel alio ſcripto, non teſtibus refutatur. *l. cum de indebito.* 25. *§. ult. ff. de probat. l. generaliter.* 13. *C. de non num. pec.* Sic teſtamentum in ſcriptis conditum non infirmatur teſtibus, qui affirmant teſtatorem dixiſſe ſe eodem teſtamento nolle mori, quia nuda voluntate teſtamentum non infirmatur.

Opponitur *l. ſancimus.* 27. *C. de teſtam.* ubi ſolenne & perfectum teſtamentum infirmatur teſtimonio trium teſtium, coram quibus teſtator declaravit ſe id nolle valere. Reſp. Sola declaratio voluntatis coram tribus teſtibus expreſſa, qua dixit teſtator ſe nolle prius teſtamentum valere, ad teſtamentum in ſcriptis conditum infirmandum non ſufficit, niſi tempore decennii etiam antiquatum fuerit teſtamentum.

Secundo adverſatur *nov.* 107, ubi contra teſtamentum patris inter liberos videntur admitti teſtes. Reſp. Quod ſeptem vel quinque teſtes, qui teſtantur coram ſe patrem teſtamentum ſuum revocaſſe, non ſufficiunt ad hoc, ut teſtamentum patris inter liberos confectum revocetur: ſed requiritur præterea, ut aliud teſtamentum, vel ex non ſcripto fecerit, qui ante fecerat ex ſcripto.

Tertio repugnat *l. in exercendis.* 15. *C. de fid. inſtr.* ubi dicitur, in probando parem fidem mereri teſtes & inſtrumenta. Reſp. Regulariter teſtimoniorum & inſtrumentorum æqualis eſt virtus, ſed tamen prævalet in multis inſtrumentorum probatio teſtium depoſitioni. Hinc in ætate hominis probanda, item ſtatu & jure perſonarum demonſtrando, plus fidei merentur inſtrumenta, veluti profeſſiones natalium, quam teſtes. *l.* 1. *C. de teſtib.* & *l.* 6. *C. de fid. inſtr. l.* 3. *C. ſi min. ſe major. dix. &c.* Sic facta antiqua & pervetuſta certius ſcripturis & inſtrumentis, quam teſtibus probantur, quia me-

memoria hominum eſt labilis, teſtiumque fides ex temporis diuturnitate imminui ſolet. *l.* 3. §. *dua.* 5. *ff. de Carb. edict. l. cenſus.* 10. *ff. de probat* Similiter etiam contra inſtrumentum non ſunt teſtes audiendi, niſi id velint falſi arguere. Cum enim præter ſcripturam adhibiti ſint notarius & teſtes publico inſtrumento, firmior & efficacior eſt probatio inſtrumenti, quam teſtium. arg. *l. Domitius.* 27. *ff. de teſtam. c. cum Johannes. extr. de fid. inſtr.* Itaque hoc uno tantum caſu, cum fides ſcripturæ in dubium vocatur, teſtes contra inſtrumentum admittuntur. *l. penult. C. de contr. ſtip. Cujac. lib. obſ.* 13. *c.* 38. & *lib.* 16. *c.* 25. & *ad l. ſciendum.* 30. *ff. de V. O. Oldend. in tract. de teſtib.* in fin.

ASSERTIO XCVII.

Nullus in re propria idoneus eſt teſtis.

Textus ſunt in *l. omnibus.* 9. *C. de teſt.* & *l. nullus.* 10. *ff. eod.* Dicitur autem cauſa propria, cujus commodum vel damnum ad aliquem ſuo nomine pertinet. *l.* 1. §. *in propria.* 11. *ff. quand. app. ſit.*

Objicitur, quod legatarii poſſunt eſſe teſtes in teſtamento, in quo legatum eis relinquitur, & ſic in re propria teſtantur. §. *legatariis.* 11. *inſt. de teſt. ordin.* Reſp. Legatarius non ſibi, ſed heredi dicit teſtimonium: totum enim negotium quod in teſtamento agitur, inter heredem & teſtatorem geritur. §. *ſed neque.* 10. *inſt. de teſt. ord.* Legata enim ſunt accidentia teſtamenti, ſine quibus teſtamentum conſiſtere poteſt, & ſic legatarii dicuntur ſibi in conſequentiam quandam teſtimonium ferre, heredi vero principaliter. Ea vero quæ per conſequentiam accidunt, non ſolent conſiderari. *l.* 1. *ff. de auct. tutor.* Præterea propter multitudinem teſtium in teſtamento intervenientium, hæc ſuſpicio affectionis ſive proprii commodi toleratur & mitigatur. Ex aliorum enim teſtium habilitate legatarius idoneus teſtis redditur. arg. *l. ſi quis ex argentariis.* 6. §. 1. *ff. de edend.* Ita alibi dicit *gloſſ. ſingularis in l. teſtium fides.* 3. §. 1. in verb. *numerus. ff. de teſtib.* quod *id quod deficit in fide teſtium, ſupplet reliquorum numerus;* ut etiam bene cecinit *Ovidius libr.* 2. *de remed. amoris, Et quæ non proſunt ſingula, multa juvant.* Adde rationem, qua JC. Pomponius hanc deciſionem confirmat in *l. ſi quis ita.* 14. *ff. de reb. dub.* quæ hujus quæſtionis difficultatem tollit, quod ſcilicet teſtamentum confirmatur teſtibus adhibitis. Cum enim ideo teſtes adhibeantur teſtamento, ut per eorum ſubſcriptionem & ſubſignationem teſtamentum confirmetur, & ob teſtimonii meritum remunerandi gratia aliquid eis relinquatur, non debet hoc, quod ad confirmationem teſtamenti factum eſt, ad everſionem ejus pertinere. arg. *l. legata inutiliter.* 19. *ff de leg.* 1.

Ita tradunt eleganter, doctiſſimus *Vigl. ad d. §. legatariis.* & *Forner. lib. 2. ſelect. c. 12.*

Secundo objicitur §. *ſi vero neque. auth. de inſt. caut. & fide.* ubi dicitur valere teſtimonium notarii pro inſtrumento: Si enim inſtrumentum negetur a notario ſcriptum, & ipſe adfirmet ſe id ſcripſiſſe, ei ſoli fides habetur. Reſp. Tabellio ut quilibet teſtis de facto ſuo, id eſt, auditu & viſu dicit teſtimonium, non autem in ea cauſa, cujus damnum ac emolumentum ad ſe pertinet, ac proinde in cauſa propria non teſtatur. Poſtremo illud tanquam ſingulare notandum, quod Principi & ſummo Pontifici, de proprio facto coram [illegible]ſto atteſtanti, plena fides adhibetur. *Clem. 1. extr. de probatio*[illegible]

ASSERTIO XCVIII.

Inſtrumenta privata, ſi non aliis adminiculis juventur, ad probationem ſola non ſufficiunt.

PRivata inſtrumenta, ut ſunt chirographa, apochæ, epiſtolæ, libri & rationes mercatorum, per ſe ſola ad probationem faciendam non ſufficiunt; ſed ſi aliis adminiculis probationum, puta confeſſione vel jurejurando, adjuventur, tunc plenam fidem faciunt. *l. 5. 6. 7.* & *13. C. de probat.* Hinc ſi debitor fateatur chirographum manu ſua exaratum, vel ſua voluntate & mandato conſcriptum, plenam facit fidem: quia ad privatam ſcripturam accedit debitoris confeſſio. *l. generaliter. 13. C. de non num. pec.*

Objicitur *l. etiam. 16. ff. de probat.* & *l. 2. C. ſi min. ſe major. dix. &c.* Ubi parentum profeſſioni ſeu privatæ ſcripturæ de nativitate & ſtatu filiorum creditur, ſive hunc filium ſuum eſſe, ſibi eo die natum, ſive non eſſe, in actis profeſſi ſunt. Reſp. Hoc ſpeciale jus eſt, ut ætas liberorum probetur libris & ſcripturis parentum, quas conficiunt de anno & die, quo nati ſunt filii. *l. 2.* in princ. *ff. de excuſ. tut.* Et ratio juſtiſſima eſt ſpecialis iſtius juris, quia cum parentes de ætate liberorum certi aliquid profitentur, tunc nullum adhuc commodum aut damnum filiorum verſatur. Itaque non præſumuntur mentiri parentes, cum eo tempore nihil lucri ad filios pervenire poſſit. Præterea parentum teſtimonium non meretur in hoc caſu plenam fidem, ſed contrariis probationibus poteſt infirmari. *l. Imperatores. 29. ff de probat.* ubi Scævola reſpondit, profeſſionibus parentum in judicio productis, veritati nihilominus locum ſuperfore.

Secundo objicitur *l. non eſt novum. 5. C. de edend.* ubi dicitur, debitorem poſſe petere a creditore ſuo, ut ſibi edat rationes ſuas & inſtrumenta, ut inde fides veri conſtare poſſit. Reſp. Rationes cre-

creditoris poſſunt ad hoc adferri a debitore, ut inde probet ſolutionem ſuam. Probant ergo privata inſtrumenta ſive rationes contra ſcribentem, non vero pro ſcribente. *l. 6. C. de edend. l. illata. 4. C. de fid. inſtr.* Sic libri rationum tutorum probant contra ſcribentes in receptis. *l. qui ſub conditione. 111. ff. de cond. & demonſtr. l. Lucius Titius. 46. §. Paulus. 4. verſ. tutela. ff. de adm. & peric. tutor. & curat. &c.* In expenſis vero requiritur cauſæ adſignatio, quia ſcrupuloſa cauſæ inquiſitio ab iis exigitur, qui rationes conficiunt. *l. ſi ſervus. 119. ff. de leg. 1.* Probatur autem cauſa expenſarum per libros rationum, adjuncto juramento. *l. ſi quis pro redemtione. 36. C. de donat.*

Tertio opponitur *l. Publia Mævia. 26. §. fin. ff. depoſ.* ubi dicitur, quod ſolis privatis ſcripturis credatur pro ſcribente. Reſp. Accurſ. & communiter DD. Quando adverſarius approbat & acceptat epiſtolam pro ſe in his quæ faciunt contra ſcribentem, tunc tenetur etiam recipere & approbare in his, quæ faciunt pro ſcribente, & contra ſe. Quod verum eſt, niſi addat proteſtationem, quod probet ſcripturam in his, quæ faciunt pro ſe, non vero in his, quæ faciunt contra ſe. Quæ proteſtatio admittitur, quando ſcriptura continet plura ſeparata capita; tunc enim poteſt pro parte approbari, pro parte vero reprobari. Si vero contineat connexa & conjuncta capita, tunc talis proteſtatio non admittitur, ſed in totum debet ſcriptura approbari vel reprobari. arg. *l. cum quæritur. 16. ff. de adm. & peric. tutor. & curat. &c.* Ita notat *Caſtrenſ. in d. l. Publia Mævia. §. ult. Socin. in. fall. reg. 186. Menoch. de arb. jud. lib. 2. cent. 1. quæſt. 93. & 94.*

Quarto adverſatur *l. fidejuſſor. 26. §. pater. 1.* & *l. cum tabernam. 34. ff. de pignor.* ubi traditur, plenam fidem tribui privato inſtrumento, in quo perſcriptum erat debitorem bona ſua creditori pignori obligaſſe. Reſp. Quoties privata inſtrumenta utriuſque contrahentis gratia ſunt ſcripta, & ab utroque contrahentium ſubſcripta & ſubſignata, tunc plene creditur hiſce privatis inſtrumentis.

Poſtremo notandum, quod privatæ ſcripturæ ſeu inſtrumenta, ſi trium teſtium ſubſcriptione fuerint confirmata, plenam fidem faciunt, ad inſtar publicorum inſtrumentorum. *l. Scripturas. 11.* & *auth. ſeq. C. qui pot. in pign. hab.*

ASSERTIO XCIX.

Subditi regulariter non ſunt idonei teſtes in cauſa Principis, vel civitatis, juxta communem DD. ſententiam.

RAtio enunciationis eſt, quia animi ſubditorum metu & terrore potentiæ ſunt occupati, ne veritatem proferre audeant. Idonei

enim non videntur teſtes eſſe, quibus imperari poteſt, ut teſtes fiant. *l idonei. 6. ff. de teſtib.* Præterea ii teſtes tantum audiri debent, qui omni gratiæ & potentatui fidem religioni judiciariæ debitam præponere audent. *l. eos. 5. C. de teſtib.* Verum hæc de omnibus ſubditis non ſunt univerſaliter accipienda: nam ſic magiſtratus in tota ſua ditione non eſſet inventurus idoneos teſtes, ideoque ſic diſtinguendum cum *Oldend. in tractat. de teſtib.* Aut certum eſt, magiſtratum eſſe tyrannum, qui veritatis teſtimonium inique laturus eſt, & tunc ſubditi metu poteſtatis concuſſi non admittentur ad teſtimonium. *l. Fulcinius. 7. §. quid ſit. 4. ff. ex quib. cauſ. in poſſ. eatur. l. unic. C. ſi rect. provinc. vel ad eum pertin. ſponſal. dedit.* Aut conſtat magiſtratum veritatis profeſſionem libenter auditurum, & teſtem reputari virum bonum, qui ſuperioris magiſtratus gratia nolit mentiri, & tunc admittentur ſubditi, ceſſante cauſa ſuſpicionis.

Objicitur *l. in tantum. 6. §. univerſitatis. 1. ff. de rer. diviſ. l. ſed ſi hac. 10. §. qui manumittitur. 4. ff. de in jus voc.* ubi dicitur, quod ſervus vel libertus civitatis, non eſt ſingulorum civium, ſed ipſius reipub. libertus; unde & tam pro cive, quam contra civem teſtari poteſt. *d. §. univerſitatis.* & *l. 6. C. de quæſt.* Itaque ſi poteſt ſervus vel libertus civitatis teſtimonium dicere pro cive, ſequitur etiam civem pro univerſitate in teſtem produci poſſe. Cum enim commoda & bona ſingulorum civium ſint ſejuncta a bonis civitatis, nihil impedit, quo minus cives in cauſa civitatis teſtes eſſe poſſint. Reſp. ſub diſtinctione. Aut cauſa civitatis litigioſa principaliter ſpectat ad civitatis honorem & commodum, & tunc ſinguli cives idonei teſtes eſſe cenſentur. Ratio eſt, quia cauſa civitatis, ſingulorum civium propria eſſe minime creditur. *l. 7. §. 1. ff. quod cujuſque univerſ. nom.* Sic cives admittuntur in teſtes ſuper juriſdictione & confinibus civitatis, cum ea res non concernat ſingulos, ſed univerſos cives. Similiter cum agitur de legato civitati vel collegio relicto, pro ædificiis extruendis vel reficiendis, juxta *l. civitatibus. 122. ff. de leg. 1.* recte excipiuntur in teſtes ſubditi univerſitatis. *Menoch. in arbitr. jud. quæſt. lib. 2. centur. 2. caſu. 106. num. 4. 5. 6.* & ſeqq. *Covar. c. 18. pract. quæſt.* Aut commodum rei, cujus eſt controverſia, ſpectat immediate & principaliter ad ſingulos cives, ut puta ſi agat civitas ad jus paſcendi in paſcuis publicis, vel cædendi ligna in ſylvis publicis, ex quibus ſinguli cives commodum expectant, utputa ſi ſinguli cives in paſcuis publicis habeant jus paſcendi pecora, vel ſinguli cives habeant jus cædendi ligna ex nemore publico, & tunc non poſſunt cives ferre teſtimonium pro civitate. Quia præterquam quod ſubditi ſunt, videntur etiam quodammodo in re propria teſtimonium dicere, quod jure vetitum eſt. *l. omnibus. 10. C. de teſtib.* Hæc eſt communis DD. opinio, ut refert. *Caſtrenſ. in d. l. omnibus,* ubi notat ita quotidie obſervari.

vari. Approbat & ſequitur *Menoch. de arbitr. judic. lib. 2. cent. 2. caſu.* 106.

Assertio C.

Subſcriptio inſtrumento facta, non continuo ſcribentem obligat,

QUæritur, an is qui inſtrumento alicui ſubſcripſit, obligetur ex ſubſcriptione. Et in hac quæſtione ita diſtinguendum eſt. Aut quis ineundæ obligationis propoſito ſubſcripſit, & hoc caſu obligatur, non minus ac is qui principaliter in inſtrumento contraxit. Aut teſtimonii cauſa ſubſcripſit, & hoc caſu ſubſcribens non obligatur. Prior pars diſtinctionis probatur in *l. 2. C. de reb. alien. non alienand. &c.* ubi diciditur, quod ſi fraus abſit, tunc is qui ſubſignat, vel ſubſcribit inſtrumentum venditionis, quo res ſua ab alio venditur, obligatur. Idem probat *l. 3. C. quod cum eo qui in alien. poteſt. &c.* ubi dominus, qui inſtrumento ſervi, quo mutuum ſe accepiſſe fatetur, ſubſcribit, obligatur. Similiter creditor qui venditione pignoris a debitore facta tabulis venditionis ſubſcribit, pignus remittere cenſetur. *l. ſicut.* 8. §. *non videtur.* 15. *ff. quib. mod. pign. ſolv.* Poſterior pars, quod ſcilicet nec ſignatores nec teſtes alieno teſtamento, vel contractui ſubſcribentes, ſibi præjudicent, ut ex eo obligentur, probatur in *l. mutua.* 14. *C. ſi cert. pet. l. Gajus.* 39. *ff. de pign. act. l. Titia.* 34. §. *Lucia Titia.* 2. *ff. de leg.* 2. In quibus legibus traditur, quod ſubſcribens alicui inſtrumento tanquam teſtis, non obligatur, quia potuit ignorare, quæ in inſtrumento continentur.

Sed in hac quæſtione admodum inter ſe pugnant *l. fidejuſſor.* 26. §. *pater.* 1. *ff. de pignor.* & *d. l. Gajus. ff. de pign. act.* Nam in *d. l. Gajus.* aſſeritur, quod ſi quis inſtrumento ſubſcribit, in quo res ſuæ ab alio venditæ affirmantur, quod hic iſta ſubſcriptione ſibi non præjudicet, neque in rei ſuæ venditionem conſentire intelligatur. Contra in *d.* §. *pater.* diciditur, quod ſi quis inſtrumentum aliquod ſcripſit, quo domum ſuam ab alio oppignorari continetur, quod ille hac ſcriptura ſibi præjudicet, & conſenſum obligationi rei ſuæ dediſſe exiſtimetur. Reſpondetur dupliciter. Primo in *d. l. Gajus.* ſubſcripſit aliquis tabulis teſtamenti, vel illas ſignavit, non cognito eo, quid in teſtamento contineretur: nam ſolent tabulæ teſtamenti a teſtibus ſignari vel ſubſcribi, etiamſi nihil de iis conſtet eis, quæ in teſtamento diſpoſita ſunt, ideoque teſtes ſubſcribentes hoc pacto ſibi non præjudicant. At in *d.* §. *pater.* propria manu quis ſcripſit inſtrumentum pignoris, quo res ſuæ oppignorabantur. Itaque non poteſt ignorantiam eorum prætendere, quæ inſtrumento continentur, & proinde ſubſcribendo in obligationem rei ſuæ conſentit.

Secundo reſpondetur, quod in *d. l. Gajus.* ſubſcripſit quis tabulis teſtamenti tanquam teſtis, quo caſu quis ex ſua ſubſcriptione aut ſubſignatione non obligatur. *l. ſi pater. 6. C. de fidejuſſ.* In contraria vero lege ineundæ obligationis cauſa ſubſcripſit inſtrumento, ideoque ex ſcriptura obligatur. Quoties enim quis ſcribendo vel ſubſcribendo vel perſonam vel bona ſua obligat, hic efficaciter ex ſubſcriptione ſua obligatur. Sic ſi quis inſtrumento alicujus contractus ſubſcripſit tanquam fidejuſſor, efficaciter ex fidejuſſione adſtringitur. *l. ſi non ſubſcripſiſti. 15. C. de adminiſtr. tutor.* Similiter ſi quis ſcripſit inſtrumentum, quo res ſuæ pignori obligantur, hic ſcribendo ſibi præjudicat, & in rei propriæ oppignorationem conſentire cenſetur. *d. §. pater.*

CENTURIÆ TERTIÆ ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ

ASSERTIO I.

Ad matrimonium contrahendum, omni jure tam divino quam humano, item civili & canonico, requiritur de neceſſitate conſenſus parentum in nuptiis liberorum, contra communem Canoniſtarum ſententiam.

PRIMO ſuadet hoc naturalis ratio & æquitas. §. 1. *inſt. de nupt.* Naturalis enim ratio nullo magiſtro docente hoc efflagitat, ut liberi obedientiam debitam præſtent parentibus. *l.* 2. *ff. de juſt. & jur.* & æquum eſt, ut notat *Theoph. in d.* §. 1. ut parentes qui ad eam uſque ætatem liberos educaverunt, hoc honoris habeant, ut matrimonio liberorum conſentiant, cum liberi ſecundum Deum, ſe ipſos parentibus debeant. Secundo movet hæc ratio, quod maxima abſurda & incommoda inde ſequerentur, ſi nuptiæ ſine parentum conſenſu contractæ valerent: tunc enim quilibet ſcurra poſſet honeſti alicujus viri filiam quaſi rapere & invitis parentibus abducere. Tertio civilis ratio & æquitas id ipſum manifeſte efflagitat, primo propter patriæ poteſtatis vinculum, tum ne invito agnaſcatur ſuus heres: ſi enim liceret liberis, invitis parentibus contrahere nuptias, agnaſceretur invito avo, vel patri ſuus heres, quod jure civili omnino prohibetur. §. *& tam filium.* 6. *inſt. de adopt.* Quarto hoc etiam gentiles ſcriptores æquiſſimum ſtatuerunt. Hoc perſpicue probat ſenex ille Simo in Andria Terentii, dum inquit: *Adeone impotenti eſſe animo, ut præter civium morem atque legem, & ſui voluntatem patris, tamen hanc ſtudeat habere uxorem cum ſummo probro.* Huc accedit, quod jure divino, cui omnes humanæ leges cedere & ſubſcribere debent, multis in locis traditur, ut neceſſario in nuptiis liberorum interveniat conſenſus parentum. Primo hoc quintum præceptum Decalogi ſatis evidenter oſtendit, quod jubet parentes honore & obedientia afficere: quorum honor in hoc maxime violatur, ſi liceat liberis, iis repugnantibus, nuptias contrahere. Secundo huc pertinet, quod *Exod.* 22. præcipitur: *Si quis ſeduxerit virginem, & pater virginis ei filiam dare nolit, reddat pecuniam quam*

virgines accipere conſueverunt. Tertio *Paulus* 1. *Ad Corin.* 7. agens de filia virgine elocanda, docet hoc jus eſſe penes parentes. Denique traditam & conceſſam hanc poteſtatem parentibus jure divino, oſtendunt varia ſcripturæ exempla, ex quibus apparet præcipuos in populo Iſraelitico viros, nunquam niſi parentum conſenſu iniiſſe fœdus conjugii. Teſtatur hoc exemplum Samſonis, qui cum mulierem Philiſtinam amare cœpiſſet, non ſtatim eam duxit in uxorem, ſed primum rogavit parentes virginis, ut eam ſibi deſponderent. *Jud.* 14. Item *Tobiæ.* 6. Angelus ad Tobiam juniorem dicit: *Eſt hic Raguel, qui habet filiam Saram, pete a patre ejus, & dabit tibi in uxorem.*

Quæritur nunc, An etiam de jure canonico requiratur de neceſſitate conſenſus parentum. Et quidem veteres canones hac in re cum jure civili evidenter conſentiunt. Primum enim Euariſtus Pont. in hæc verba reſcripſit: *Aliter legitimum non ſit conjugium, niſi ab his qui ſuper fœminam dominationem habent, uxor petatur, & a parentibus ſponſetur, & legibus dotetur. c. aliter.* 30. *quaſt.* 5. Simile reſcriptum extat Leonis in *c. honorantur.* 32. *q.* 5.

Objiciuntur recentiora juris canonici reſponſa, & primum *c. ſufficiat.* 27. *q.* 2. ubi hujuſmodi recitantur verba: *Sufficiat ſolus, ſecundum leges, eorum conſenſus, de quorum conjunctione agitur.* Reſp. Illa verba ponuntur, non ut parentum conſenſus excludatur, ſed iis verbis innuitur, quod ſolus & merus conſenſus faciat nuptias, ad excludendum concubitum: ſine eo namque vinculum matrimonii firmiter contrahi poteſt. Nuptias enim non concubitus, ſed conſenſus facit. *l. nuptias.* 30. *ff. de reg. jur.* Non enim eo in loco proponebatur, filium velle contrahere matrimonium ſine conſenſu parentum, ſed tantum de eo quæſtio erat, an præter conſenſum in nuptiis concubitus quoque requireretur. Licet ergo de conſenſu parentum nominatim nihil dicat, tamen hoc ſatis evidenter ex mente canonis colligitur, cum ſecundum leges conſenſum requirat.

Similiter fere reſpondetur ad *c. tua. de ſponſal.* ubi dicitur, matrimonium contrahi per legitimum viri & mulieris conſenſum. Requiritur enim ibi conſenſus legitimus, & talem quam leges exigunt, quæ neceſſario ad nuptias liberorum conſenſum parentum efflagitant.

Tertio objicitur *c. pen. extr. de raptor.* quod plurimis negotium faceſſit: ubi orta quæſtione, An miles poſſit retinere mulierem, quam rapuerat & abduxerat invitis parentibus, cumque ea contraxerat matrimonium, & concubuerat. Reſpondet Lucius Pont. eam a marito recedere non poſſe. Sed reſpondetur ibi interveniſſe copulam, itaque matrimonii ſeparatio dura viſa fuit; unde veteres canones hoc reſcripto non abrogantur, ſed addita hac exceptione tem-

pe-

perantur. Si copula ſecuta non fuerit, ne vitiatæ perſonæ fiat injuria, neve ſimul amiſſa pudicitia virum quoque amittat. Quam ſententiam evidenter comprobat *Ulpianus in l.* 1. in fin. *ff. de lib. exhib.* ubi eleganter reſpondet, bene concordantia matrimonia, & liberis ſubnixa, non debere jure patriæ poteſtatis diſſolvi. Quem locum recte de nuptiis liberorum ſine conſenſu parentum contractis, & copula conſummatis intelligit. *Hotom. in* §. 1. *inſt. de nupt.* Ita decidunt *Duaren. ad tit ſolut. matr. c.* 2. *de nupt.* & *Coraſ. lib.* 1. *miſc. c.* 17. Eandem ſententiam amplectitur & defendit *Eraſmus Roterodamus*, unicum ſæculi noſtri decus atque ornamentum *in* 1. *Epiſt. ad Corinth. c.* 7.

Poſtremo objiciunt Chriſti apud Matthæum verba, *Quos Deus conjunxit, homo ne ſeparet.* Ergo ſufficit in nuptiis mutuus contrahentium conſenſus, abſque parentum approbatione. Ad quæ reſpondendum, quod Deus eos tantum conjungat, qui rite, honeſte, ac ſecundum ordinationem ejus copulantur. Non enim leves, vanos, & ſtultos affectus, juvenili calore incitatos, & amoris philtro ineſcatos, Deus pro matrimonio habet. Sponſalia itaque clandeſtina abſque parentum conſenſu inita, cum Dei voluntati repugnent, Deo auctore conciliata videri non poſſunt. Concludo ergo, quod juſta eſt cauſa diſſolvendi matrimonium re integra, ſi contractum ſit ſine auctoritate parentum, qui conſummationem matrimonii impedire poſſunt, ſi modo juſtas & legitimas habeant contradicendi & prohibendi cauſas. Ita defendit *Molineus ad l. nuptias. ff. de R. J. in addit. ad Decium.* Cui ſuffragatur *Hotom. in illuſt. quæſt.* 9. ubi notabiliter adjungit, quod Henrici II. Regis Galliarum conſtitutione cautum eſt, ut mares ante annum 30. fœminæ ante annum 25. ob contractas ſine parentum auctoritate nuptias, & donationibus in ipſos collatis ſpoliari poſſint; præterea exheredari, & legitima portione privari queant. Adhæc Imp. Carolus V. in hereditariis ſuis provinciis conſtituit, ut ſi liberi abſque parentum conſenſu & voluntate motrimonium contrahant, poſſint ob eam cauſam exheredari. Ita notat *Weſemb. in paratit. ad tit. de lib. & poſth. num.* 5.

ASSERTIO II.

Filia minor XXV. *annis, nubens ſine conſenſu parentum, poteſt exheredari, contra communem DD. opinionem.*

QUæritur, an filia exheredari poſſit, quæ ſine conſenſu parentum nupſit. Et ex *novella* 116. §. *ſed ſi filia.* ſatis evidenter apparet eam exheredari poſſe, ſi minor xxv. annis nubat ſine conſenſu parentum. Nam in *d.* §. Imp. ait, non poteſt filia exheredari,

dari, ſi poſt xxv. annos nubat ſine conſenſu patris. Ergo a contrario ſenſu tacite ſatis hoc colligitur, ſi ante eam ætatem, hoc eſt, minor xxv. annis nubat ſine conſenſu parentum, poſſe eam exheredari. Magis ſtricte & arcte requiritur in nuptiis filiæ, quam filii, parentum conſenſus, propter ſexus imbecillitatem & infirmitatem. Unde & filia minor xxv. annis conſenſum matris & propinquorum adhibere debet in nuptiis. *l. 1. l. vidua. 18. l. in conjunctione. 20. C. de nupt. Cujac. ad. nov. 18.*

Non obſtat juris canonici deciſio, qua matrimonium liberorum ſine conſenſu parentum poſt copulam contractum, ratum eſt, & reſcindi non debet. Nam Pontifices volunt tantum manere matrimonium, poſtquam eſt copula conſummatum, ne majus inde ſequatur ſcandalum, neve vitiatæ perſonæ fiat injuria: non autem probant inobedientiam filii, nec injuriam quæ patri illata eſt, impunitam relinqui volunt. *Duaren ad tit. de nupt. c. 2. Caſtrenſ. ad l. ſi filiam. C. de inoff. teſtam. Decius ad l. nuptias. ff. de R. J.* In contrarium eſt communis DD. opinio, qua ſtatuitur; quod non ſit juſta cauſa exheredandi filiam, ſi invito patre contrahat matrimonium, maxime attento jure canonico, dummodo non inhoneſtum & turpem, familiaque ſua indignum maritum elegerit. Ita decidit *præſes Everard. conſil. 15.* ubi notat ab hac ſententia non eſſe in judicando recedendum. Itaque ſi filia inhoneſto & indigno nupſerit, ſine dubio poteſt exheredari, per *l. 3. §. ſi emancipatus. 5. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* Ita eleganter & ſolide tradit *Cujac. lib. 3. obſerv. c. 5.* Diſſentit *Fachin. lib. 3. controv. juris c. 44.* ubi notat filium a patre exheredari non poſſe, etiamſi ducat uxorem ignominioſam invito patre. Idque maxime attenta juris canonici auctoritate nititur defendere, quo jure ex communi DD. errore putat conſenſum parentum tantum requiri de honeſtate, non vero de neceſſitate in nuptiis liberorum.

ASSERTIO III.

Si quis corruptam & vitiatam ab alio pro virgine duxerit, matrimonium reſcindi non poteſt.

HÆc aſſertio probatur ex *c. 1. & 2. 29. q. 1.* & *c. quemadmodum. extr. de jurejur.* eamque ſententiam multis argumentis erudite & ſolide comprobat *Weſemb. in parat. de rit. nupt. num. 8.* Ratio præcipua eſt, ne occulta delicta nudentur, & quieta conjugia turbentur & diſtrahantur. Adfertur & pro hac ſententia hoc argumentum fortiſſimum: Si non diſſolvitur conjugium propter alia vitia animi æque gravia, imo majora, utpote quia uxor eſt impia, hæretica, malæ frugis, perdite prodiga. *l. ult. C. de repud.* ubi *gl.* in verbo *abolita. c. 2. extr. de divort.* neque ob hoc vitium divortium eſt admittendum.

Tertio

Tertio probatur hoc ex eo, quod ſtupri accuſari ea mulier non poteſt, quæ poſt illud ducta eſt. *l. ſi uxor.* 13. §. *fin. ff. ad l. Jul. de adult.* Sero enim accuſat mores mulieris, quos ducendo probavit. Cum autem non diſtinguat lex inter ſcientem & ignorantem, ſed loquatur generaliter, neque nos diſtinguere debemus.

Objicitur primo lex Moſis, *Deuter.* 22. *verſ.* 20. & 21. ubi corrupta, quæ pro virgine ſe elocari nuptiis paſſa eſt, capitali ſupplicio affici jubetur. Reſp. Leges politicæ ſeu forenſes Moſis nos non obligant, neque durior illa pœna a Chriſtianis recepta eſt. *Martyr in loc. com. Theol. lib.* 2. *c.* 11. Igitur ſicut cum a lege vel Principe pœna capitalis homicidii ob certas cauſas, vel circumſtantias remittitur, aut mitigatur, non ſolvitur conjugium; ita & hoc caſu reſpondendum eſt. §. *deportatio. nov.* 22. *de nupt.*

Secundo obſtat *l. ex empto.* 11. §. *ſi quis virginem.* 5. *ff. de act. empt.* ubi emta muliere corrupta, quæ virgo eſſe putabatur, agitur ob juſtiſſimum errorem ad reſcindendam emtionem. Reſp. Hæc lex magis confirmat hanc aſſertionem, quia dicit, quod talis error non impediat, quo minus contractus valeat: quia nulla vitia locum faciunt redhibitioni, niſi uſum rei impediant. Imo valere hoc caſu emtionem expreſſe probat *l. alioquin.* xi. *ff. de contr. empt.* Quod autem datur actio ex empto ad reſcindendam emtionem, in matrimonio non procedit, quia in cauſis ſtatus, puta libertatis, jurisjurandi, matrimonii, non datur reſtitutio. *c. quanto. extr. de divort. l. ſi ex cauſa.* 9. §. *ult. ff. de minor.* ſed hic valet immota regula: *Quod Deus conjunxit, homo ne ſeparet.*

Tertio opponitur, quod dolus, quo alteri parti imponitur, reſcindit contractus bonæ fidei, & conjugia. *c. tua.* 26. in fin. *de ſponſal.* Reſp. Dolus hic non dat cauſam contractui, ſed eſt tantum incidens, quod genus non vitiat contractus. DD. in *l. ſi dolo.* 5. *C. de reſc. vend.* Deinde dolus tum demum annihilat matrimonium, quando res neque ſubſtantiam, hoc eſt, conſenſum contrahentium, neque formam conjugii habet. *d. c. tua.* Diſſentiunt *Joachimus a Beuſt in tractat. de matrim. c.* 34. *Beza in tract. de repud. & divort.* fol. mihi 87. & 88. *Philipp. Melanthon in tract. de conjugio.* qui ſtatuunt propter hunc errorem qualitatis, puta ſi quis corruptam & vitiatam pro virgine duxerit, matrimonium eſſe reſcindendum.

ASSERTIO IV.

Ratihabitio patris liberorum nuptias ſubſequens, retrotrahitur, & ab initio juſtas nuptias efficit.

Quæritur, an ſi ab initio pater nuptiis filiifam. non conſenſit, ſed ex intervallo eas ratas habeat, an ratihabitio retrotrahatur,

tur, & ab initio juſtas nuptias efficiat, an vero a tempore ratihabitionis demum nuptiæ confirmentur. Et verior probabiliorque eſt ſententia, quod ratihabitio patris retrotrahitur, & ab initio juſtas nuptias filii efficiat. Quæ aſſertio probatur primum per generalem juris regulam, qua traditur, quod ratihabitio retrotrahatur, & mandato comparetur. *c. ratihabitionem. de R. J. in 6. l. ult. C. ad SC. Maced.*

Secundo hanc ſententiam comprobat aperte *l. 5. C. de nupt.* ubi traditur, quod ſi pater ex intervallo cognitis filii nuptiis non contradixit, quod juſtæ nuptiæ juſtique liberi efficiantur.

Contrariam ſententiam defendunt *Cujac. lib. 3. obſ. c. 5. Contius lib. 1. diſp. c. 7.* & *Hot. in illuſt. quæſt. c. 9. Anton. Faber in Papinianea Juriſp. tit de nupt. princ. 4. illat. 10. Vultejus ad §. 1. inſt. de nupt.*

Tria contra hanc deciſionem adferuntur argumenta. Primum eſt, quod dicitur in §. 1. *inſt. de nupt.* quod in nuptiis filiifam. patris juſſus præcedere debet. Reſp. Quoties juſſus intervenit, is præcedere debet; ea enim eſt natura mandati ſeu juſſus, ut præcedat actum & negotium. *l. ſi quis mihi. 25. §. juſſum. 4. ff. de acq. vel omitt. hered. l. ſi vero. 12. §. ſi poſt. 14. ff. mandat.* Cæterum & abſque juſſu tacitus conſenſus & ratihabitio patris ſufficit, quia novella lege generaliter definitum eſt, quod omnis ratihabitio retrotrahatur, & confirmet ea quæ ab initio ſubſecuta ſunt. *l. ult. C. ad SC. Maced. l. ſemper. 60. ff. de R. J.*

Secundo adverſatur *l. etſi contra. 6. C. de nupt.* ubi traditur, quod ſi magiſtratus in provincia duxerit ſubditam, hæ nuptiæ injuſtæ ſunt. Sed ſi depoſito officio poſtea in eadem voluntate perſeverent contrahentes, juſtæ nuptiæ tum demum efficiuntur, ſed ratihabitione retro non confirmatur matrimonium ab initio. Reſp. Ideo ſubſecuta ratihabitio nuptias ab initio non confirmat, quia nuptiæ antea non potuerunt confirmari, quamdiu magiſtratus officium in provincia ſuſtinebat. Sed matrimonium ſine conſenſu parentum contractum potuit ab initio confirmari eorundem conſenſu. Ergo & ſequens ratihabitio juſtas ab initio nuptias efficiet.

Tertio repugnat *l. ſi uxor. 13. §. ſi quis uxorem. 6. ff. ad. l. Jul. de adult.* ubi dicitur, quod jure viri maritus non poſſit uxorem accuſare adulterii, quam duxit invito patre, cujus conjunctioni poſtea pater conſenſit. Reſp. Ideo ratihabitio ibi non retrotrahitur, quia verſamur in cauſis odioſis, ſcilicet in pœnis infligendis propter delicta. Odia enim ſunt reſtringenda, favores vero ampliandi, ideoque favore matrimonii, ut ſcilicet juſtæ nuptiæ, & legitimi liberi efficiantur, ratihabitio patris retrotrahitur; quia favores ſunt ampliandi.

Asser-

ASSERTIO V.

Matrimonium metu contractum, ipſo jure non valet.

Metus ipſo jure vitiat matrimonium, ſi modo talis ſit, qui cadat in virum conſtantem. Matrimonia enim debent eſſe libera, nec vi aut coactione ulla conſtringi. Unde ſi quis vinculis, carcere, verberibus, periculo mortis illato, aut alio atroci metu, qui cadit in virum conſtantem, coactus ſit ad ducendam uxorem, hoc matrimonium ipſo jure non valet. *l. Titia.* 34. *ff. de de V. O. l.* 2. *C. de contr. ſtip. c. ſignificavit. extr. de eo qui dux. in ux. quam poll. per adult. c. cum locum. extr. de ſponſal. l. ſi mulier.* 21. §. *ſi dos. ff. ſol. matr.* Hinc ſequitur, quod ſicut filius invito patre uxorem ducere non poteſt, ita nec pater filium invitum & diſſentientem cogere poteſt ad ducendam uxorem, quam non amat. *l. nec filium.* 12. *C. de nupt. l. non cogitur.* 21. *ff. de rit. nupt.* Sed obſtat vehementer *l. ſi patre.* 22. *ff. de rit. nupt.* ubi traditur, quod ſi patre cogente filius duxit uxorem, quam non duxiſſet, ſi fuiſſet ſui arbitrii, quod hoc matrimonium ratum ſit, & valeat. Reſp. ſub diſtinct. Aut filius propter reverentiam paternam conſenſit nuptiis puellæ, a patre ſuo contractis, quam alias ſi ſui juris fuiſſet, non eſſet ducturus; & hoc matrimonium propter reverentialem metum non reſcinditur. Ita intelligenda eſt *d. l. ſi patre.* Aut intervenit juſtus metus facti, ut ſi pater filium verberibus aut carcere coegit ad ducendam uxorem; & tunc non valet hujuſmodi matrimonium, ſed tanquam metu contractum eſt reſcindendum. *Sneidwin. ad tit. inſtit. de nupt. parte* 2. *num.* 28. fac. *l. Titia.* 134. *ff. de V. O.* ubi dicitur, quod inhoneſtum viſum eſt ullo vinculo pœnæ matrimonia obſtringi. *Duaren. ad tit. de nupt. c.* 2. Comprobatur quoque hæc aſſertio jure canon. per *c. veniens.* 15. *extr. de ſponſal.* ubi dicitur, ſi aliquis inventus ſit dormire cum puella, & per parentes puellæ compellatur cum ea matrimonium contrahere, quod tale matrimonium ſit invalidum, niſi ſequatur copula, quæ metum præcedentem tollat, & novum quodammodo conſenſum inducat. *c. ſignificavit. extr. de eo qui dux. in uxor. quam poll. per adult. c. inſuper. qui matr. accuſ. poſſ. &c.* ubi dicitur, quando quis etiam ſemel copulæ carnali conſenſit, omnis metus ſublatus intelligitur, & matrimonium validum eſt: ſequens enim copula purgat omne vitium. *cap. id quod. extr. de ſponſal.*

ASSER-

Assertio VI.

Deportatione non ſolvitur matrimonium.

Quod deportatione non diſſolvatur matrimonium, eſt apertus textus in §. *deportatio. nov.* 22. *de his qui nupt. iterant.* Quod & obtinuit jure veteri, quia deportatio non fuit maxima capitis diminutio ſed media. *l.* 1. *C. de repud. l. res uxoris.* 24. *C. de don. int. vir. & ux. l. ſed ſi mors.* 13. §. 1. *ff. eod. l.* 5. *de bon. damn.*

Sed e diametro obſtat *l. ſi quis ſic ſtipuletur.* 56. *ff. ſol. matr.* ubi dicitur deportatione ſolvi matrimonium. Præterea obſtant *l. penult. ff. de var. & extraord. cogn. &c.* & *l.* 4. §. *ult. ff. de grad. & affin.* Ubi dicitur, quod aquæ & ignis interdictio ſeu deportatio ſit maxima capitis diminutio, & quod libertatem & civitatem adimat; præterea quod deportatione ſolvatur matrimonium. Reſp. Ii qui deportantur, vel quibus aqua & ignis interdicitur, nec liberi nec cives manent jure Quiritum. Liberi autem, & nuptiæ manent jure gentium, hoc eſt, deportatione tollitur & amittitur libertas, quæ eſt juris civilis; at vero naturalis libertas, ſeu juris gentium, deportatione non tollitur. At vero jus gentium & naturale in nuptiis potiſſimum ſpectamus. *l. adoptivus.* 14. §. 1. *ff. de rit. nupt.* Igitur matrimonium deportatione non diſſolvitur. Hæc ex *Cujacio* deprompta ſunt *ad d. nov.* 22. in princ.

Assertio VII.

De ſubſtantia matrimonnii non requiritur deductio ſponſæ in domum mariti.

Nuptiæ ſolo contrahentium conſenſu perficiuntur. Conſociatio enim animorum, non corporum facit nuptias. *l. nuptias.* 30. *ff. de R. J. l. cum hic ſtatus.* 32. §. *ſi mulier.* 3. *ff. de donat. int. vir. & ux.* Unde nec deductio ſponſæ in domum mariti, neque concubitus, neque confectio dotalium inſtrumentorum ad perfectionem matrimonii requiritur, aut quid aliud præter conſenſum. *l. penult. ff. de don. int. vir. & ux. l. neque ſine.* 13. *C. de nupt.* Probat etiam hanc aſſertionem *l. ſi donationum.* 22. *C. de nupt.* in qua ſtatuitur, pompæ celebritatiſque nuptiarum omiſſionem firmitati matrimonii non obeſſe.

Obſtant huic deciſioni pleraque juris loca, & primo pugat *l. mulierem.* 5. *ff. de rit. nupt.* ubi traditur, abſentem mulierem per nuntium vel epiſtolam nubere non poſſe, quia deductione in domum mariti opus eſt. Reſp. Olim certæ quædam ceremoniæ & ſolennitates obſervatæ fuerunt, quibus non adhibitis matrimonium fere

fere contrahi non ſolebat. Itaque quod aſſeritur in *d. l. 5. opus eſſe uxoris deductione in domum mariti* in contrahendo matrimonio, de iis accipiendum eſt, qui ſola & ſimplici conventione non contenti, ritum illum ſolennem obſervare voluerunt, quem tamen non eſſe neceſſarium affirmatur in *d. l. ſi donationum.* Itaque non affirmatur in *d. l. 5.* quomodo nuptiæ contrahi debeant, alioqui nudum conſenſum ſufficere aſſereret JC. ſed forma ac ritus deductionis in domum tantum deſcribitur & demonſtratur.

Secundo repugnat *l. cui fuerit. 15. ff. de cond. & dem.* ubi Ulpian. ait, conditionem nuptiarum tunc impletam videri, cum uxor ducta fuerit. Reſp. Hoc per metaphoram dictum accipi debet, tunc ſcilicet mulierem nupſiſſe videri, & conditionem nuptiarum impletam, ſtatim atque ducta eſt uxor, & matrimonium conſenſu peractum, tametſi concubitus non acceſſerit; & ut ait JC. *Ulpianus, quamvis uxor in cubiculum mariti nondum venerit*, tamen *videtur conditio* nuptiarum *impleta*, ſimulatque matrimonium conſenſu eſt conſummatum. Quod ratio ſubjecta liquido declarat. *Nuptias enim*, inquit JC. *Ulpianus, conſenſus, non concubitus facit.*

Tertio refragatur Juſtinianus in *l. ſancimus. 24. C. de nupt.* ubi diſerte ſancit, conditionem nuptiarum impleri non poſſe, niſi ipſa accedat nuptiarum feſtivitas. Reſp. Ideo conſtitutio Juſtiniani nuptiarum feſtivitatem exprimit, quod raro ſine ea ſolennitate & pompa eo tempore matrimonia inirentur, idemque procul dubio de matrimonio reſponſurus fuiſſet, quod ſolo conſenſu peragatur. Quod manifeſte comprobat textus in *d. l. ſancimus.* in fin. in verb. *ſed ex quo vota nuptiarum re ipſa proceſſerint*, id eſt, tunc ſatisfactum eſt conditioni nuptiarum, vel impleta nuptiarum conditio, quando cum virgine facta eſt deſponſatio de præſenti. Tunc enim interceſſit & impletum eſt votum nuptiarum, licet nondum intervenit conjunctio vel copula carnis. Ita not. *Gl. in l. 3. §. 1. ff. ff. de donat. int. vir. & uxor.* in verb. *concubina.* ubi dicit, quod contracto matrimonio per verba de præſenti, ante deductionem in domum, ſecundum canones, vir & uxor ſunt. Approbat *Panorm. ad rubr. de ſponſal. num. 4. Petr. Peck. de teſtam. conjug. lib. 4. c. 11. Neoſtadius* ſenator clariſſ. in ſuprema curia Hollandiæ *in tractat. de pact. nuptial. obſerv. 15.* ubi refert a ſenatu Pariſienſi ita quoque fuiſſe judicatum, quod concubitus non ſit neceſſarius ad perfectionem matrimonii, cum etiam virgo poſſit eſſe uxor. *l. ideoque. 7. ff. de rit. nupt. l. licet. penult. C. de inceſt. nupt.* & quod communio bonorum inducatur inter ſponſos, ſimulatque matrimonium in facie eccleſiæ ſit contractum, etiamſi copula carnalis nondum ſit ſubſecuta.

Quarto repugnat Aureliani reſcriptum in *l. cum in te. 6. C. de donat. ant. nupt.* qui cum conſuleretur de donatione, quæ nuptiarum die facta dicebatur, anne a marito, an vero a ſponſo facta cenſeretur; reſcripſit ita demum a marito donatum videri, ſi in ſponſi domo

R facta

facta fuerit donatio. Unde colligi videtur, non aliter nuptias quam per deductionem in domum mariti perfectas intelligi. *Reſp.* Reſcripto Aureliani hoc tantum indicatur, cum dubitatur poſt nuptias, an ante eaſdam res donata ſit, ex deductione in domum mariti præſumi nuptias perfectas. Si tamen in propoſita ſpecie conſtitiſſet, quo tempore mutuo conſenſiſſent in nuptias conjuges, non opus fuiſſet ad hanc conjecturam recurrere. Hoc modo prædicta loca in ſpeciem pugnantia conciliat *Duaren. ad tit. de nupt. c.* 2.

Concludendum igitur, nec concubitum, nec deductionem in domum mariti, aliumve ritum ſolennem, ad matrimonium perficiendum jure civili eſſe neceſſarium. Itaque ſtatim atque per verba exprimentia conſenſum de præſenti, ſponſalia contracta ſunt, jam verum matrimonium, etiam non interveniente copula carnali, contractum cenſetur, quia nuptias facit conſenſus, non concubitus. *c. cum locum. extr. de ſponſal. Sneidwin. ad inſt. tit. de nupt. cap. de ſponſal. num.* 15. Idque innumeris ſupremis curiarum ſententiis eſt confirmatum, uti notat *D. Cornel. Neoſtadius in obſervat. rer. jud. Holl. Zeland. & Friſ. c.* 15. 16. & 17. Adde *Gail* 2. *obſ.* 80. *num.* 4. & ſeqq. *Afflict. deciſ.* 61. *num.* 5. Quod adeo verum eſt, ut tales ſponſi participes ſint eorum lucrorum, quæ conjugum alterutro moriente ſuperſtiti ex pacto vel ſtatuto debentur, ut ſponſa de præſenti uxoris loco habetur. *Weſemb. ad tit. de ſponſal. num.* 7. & *ad. tit. de rit. nupt. num.* 2. Conſuetudine tamen obſervatur, ut non aliter conjunx percipiat lucra nuptialia, quam ſi virgo traducta fuerit ad domum ſponſi, & matrimonium copula fuerit conſummatum. Jure Saxon. requiritur ingreſſus thori maritalis, ad hoc ut ſuperſtes conjunx alterutro moriente acquirat lucra nuptialia. Unde in ſtatutis Saxonicis hæc clauſula additur, poſtquam aſcenderunt thorem nuptialem: *Wanneer dat Bruyt bedde beſchreden is. Weſemb. in parat. ad tit. de ſponſal.* & *tit de rit. nupt. Sneidwin. ad inſt. de ſucceſ. vir. & uxor. num.* 121. *Ferrar. in form. libel. quo uxor agit ad dotem.*

ASSERTIO VIII.

Adulterio diſſolvitur matrimonium, non tantum quoad ſeparationem thori, ſed etiam quoad vinculum matrimonii, contra communem Canoniſtarum ſententiam.

PRobatur hæc concluſio ex Matthæo *c.* 5. & 19. Ubi Chriſtus ex ſola cauſa adulterii, licere libellum divortii tradere reſpondit. Ergo & innocenti perſonæ novæ nuptiæ conceduntur. Neque enim divortium vere eſt, ubi innocens perſona manet obligata. *Weſemb.*

Weſemb. in parat. de divort. in fin. Præterea Chriſtus interrogabatur de illo divortii genere, quod inter Judæos uſurpabatur, quo matrimonii vinculum diſſolvebatur, ac proinde non de alio divortii genere reſponſio Chriſti intelligenda eſt. Adhæc conjugii vinculum abrumpit, quiſquis factus eſt ſcortatricis membrum: nec enim poteſt ſimul eſſe & adulterii & mariti caro. Neque ſubſiſtere poteſt Canoniſtrarum diſtinctio, tradita in *c. 2. de conjug. lepros. c. dixit dominus. 32. quæſt.* 1. qui ſeparationem thori tantum fieri tradunt adulterio, non vero diſſolvi vinculum conjugale; ac ſic novi conjugii poteſtatem innocenti perſonæ, quæ propter adulterium divortium fecit, non concedunt. Hæc enim ſententia a doctiſſimis Theologis noſtra ætate eſt confutata, puta Bucero, Melanthone, Beza, Petro Martyre, & aliis celebrrimis reformatæ religionis doctoribus.

Non obſtat locus *Pauli* 1. *ad Corinth.* 7. *verſ.* 10. & 11. *uxor a viro ne diſcedito; quod ſi diſceſſerit, maneat innupta, aut viro reconciliator.* Quia Paulus non loquitur ibi de legitimo divortio, ſed de diſceſſione injuſta, quam Corinthi leves homines & luxurioſi, ob ſimultates, odia, & diſſidia faciebant. Qui ob haſce cauſas jure non probatas divertit, reconciliari debet perſonæ, a qua diſceſſit, aut ſine ſpe conjugii vivere. Cæterum hoc ad legitimam divortii cauſam non eſt trahendum, quia in caſu adulterii Dominus permiſit innocenti aliam ducere, quod ex mente tacita, vel ut loquuntur DD. a contrario ſenſu ſatis conſtat. Nam ſi dicitur mœchari, qui dimiſſam a priore marito uxorem ducit, excepta cauſa adulterii. ergo ob cauſam adulterii facto divortio, alium ducens non mœchatur. Præterea diſſolutio, quam facit magiſtratus auctoritate divina, ex juſtis cauſis, vera eſſe debet. nec innocenti perſonæ captioſa. Itaque innocenti perſonæ novarum nuptiarum facultas concedenda eſt, ne ſcortationis periculum incurrere cogatur. *l. conſenſu.* 8. §. *verum etiam.* 5. in verb. *uxoremque ſtatim ducere. C. de repud.* Quod & ſacræ hiſtoriæ comprobant. Sic Hieronymus defendit Fabiolam, quod a conjuge polluto ſeparata alteri nupſiſſet. Concluditur itaque recte in reformatis eccleſiis, ex verbo Dei, innocenti perſonæ ſecundas nuptias concedi, modo auctoritas Eccleſiæ & pii magiſtratus accedat. Ita erudite & ſolide tradunt *Beza in tract. de divort. Martyr claſ.* 2. *loc. com. c.* 10. *num,* 58. 49. & ſeqq.

Assertio IX.

Mulier non tantum contra tacitam, ſed etiam expreſſam anteriorum creditorum hypothecam, πρωτοπραξίας beneficio in repetitione dotis gaudet, contra communem DD. ſententiam, & contra Donellum.

Mulier dotem repetens, præfertur aliis creditoribus tempore prioribus, in bonis mariti, quæ illi tacite obligata ſunt pro dote recuperanda. *l. aſſiduis.* 12. *C. qui pot. in pign. hab. l.* 2. *§. ult.* & *l. ſeq. ff. de priv. cred.*

Sed magna eſt inter magiſtros juris controverſia, an etiam hoc πρωτοπραξίας beneficio utatur contra anteriores creditores expreſſam hypothecam habentes. Et quidem crebrior & receptior eſt ſententia DD. in *d. l. aſſiduis.* mulierem præferri creditoribus tacitam hypothecam habentibus, expreſſam nulla ratione.

Contraria tamen ſententia eſt Martini veteris gloſſatoris, quæ & probabili ratione nititur, & textibus defenditur. & ſecundum eam in camera imperii pronuntiatur, ut notat *Minſ. cent.* 4. *obſ.* 13. Eamque præter prædictos interpretes amplectuntur *Dynus in d. l. aſſiduis. Corus in l. qui liberos. ff. de rit. nupt. Cujac. ad nov.* 97. & *in paratit. C. de privil. dot. Vultejus ad §. fuerat. inſt. de act.* & ibidem *Borcholt. Fachin. lib.* 3. *controv. jur. c.* 99. qui bene notat, quod DD. qui in prælatione dotis mulieri conceſſa in repetitione dotis, tacitam hypothecam ab expreſſa diſtinguunt, ſententiam novam & plane contrariam dictæ *l. aſſiduis.* cudere conantur. *Fab. lib.* 8. *conject. jur. c.* 11. & 12. *Vaudus lib.* 1. *quæſt. jur. c.* 21. Et primum probatur ex *d. l. aſſiduis.* & *l. in rebus.* 30. *C. de jur. dot.* quæ cum indiſtincte loquantur, mulierem præferri omnibus prioribus creditoribus in hypothecis, nec diſtinguant inter tacitam & expreſſam hypothecam, ceſſare debet & hominis diſtinctio. arg. *l. pretio.* 8. *ff. de Publician. in rem act.* Deinde probat hoc evidenter invicta Martini ratio. Si mulier præfertur creditori mutuanti in refectionem ædium, atque is potior eſt eo,, cui anterior & expreſſa hypotheca ex pacto competit. *l. interdum.* 5. & *l. ſeq. ff. qui pot. in pign. &c. nov.* 97. *§. his conſequens.* præferetur etiam mulier creditoribus prioribus expreſſam hypothecam habentibus; quia, ſi vinco vincentem te, multo magis vinco te. *l. de acceſſionibus.* 14. *ff. de div. temp. præſcr. &c.* Pulchre *Cujacius ad nov.* 97. *de æqualit. dot.*

In contrarium adfertur, quod dicitur, mulierem in cauſa dotis, & fiſcum paribus paſſibus ambulare. *l.* 2. *C. de priv. fiſc. l. dotis.* 9.

C.

C. *de jur. dot.* fiſcum tamen creditoribus prioribus expreſſam hypothecam habentibus non eſſe potiorem, traditur in *l. ſi pignus. 8. ff. qui pot. in pign. &c. l. ſi fundum.* 4. *C. eod.* Sed reſpondetur, quod Imp. hujuſmodi prærogativam mulieribus ex ſingulari gratia conceſſit, ideoque ejus reſcripto. *l.* 2. *C. de priv. fiſc.* antiquata videtur. Vel aliter poteſt reſponderi, quod quamvis mulier fiſco non præferatur, quia privilegiatus contra privilegiatum ſua prærogativa non utitur, nihilominus mulier in concurſu aliorum creditorum potiora jura obtinebit. *Guibert. in tract. de dotib. c.* 7. Itaque hoc ſtatuitur tantum in *d. l.* 2. quod licet uxori πρωτοπραξία concedatur contra reliquos creditores, non tamen fiſco, cum quo maritus ante dotis conſtitutionem contraxit, ob ſingularem, quo eum Impp. proſecuti ſunt, favorem uxor eſt præponenda. Pulchre *Pet. Vandera in tract. de privil. cred. c.* 4. & *Coraſ. in l. qui liberos. ff. de rit. nupt. num.* 117.

Secundo opponitur, quod *potior eſt diſpoſitio hominis, quam legis. l. ult. C. de pact. convent. tam ſup. dot. &c.* & *l. & habet.* 15. §. 1. *ff. de precar.* Atqui creditores priores nituntur cautione hominis, mulier autem diſpoſitione legis. Igitur creditores priores, habentes expreſſam hypothecam, præferuntur mulieri in repetitione dotis. Reſp. Hoc axioma quod potior ſit diſpoſitio hominis quam legis, accipiendum eſt, quoties lex tantum diſponit, ut auxilium adferat & ſubſidium diſpoſitioni hominis. At vero ſi lex lata eſt ideo, ut prævaleat, & vincat cautiones hominum, tunc etiam potior erit lex diſpoſitione hominis.

Tertio hoc movetur argumentum. Privilegia tributa conſtitutionibus Principum non debent in aliorum injuriam redundare. *l. nec avus.* 4. *C. de emanc. lib.* Ergo privilegium prælationis mulieri indultum, non debet ad aliorum creditorum damnum porrigi. Reſp. Vera eſt enunciatio, niſi Princeps prudens ſciensve ob publicam ſimilemve cauſam nominatim tale privilegium indulſerit. *l.* 2. §. *ſi quis a principe.* 16. *ff. ne quid in loc. publ. vel itin. fiat.* At in præſenti caſu Juſtinian. mulieribus hanc prærogativam conceſſit, ut indiſtincte omnibus creditoribus præferrentur, quoniam publicus matrimonii favor hoc efflagitabat. Publice enim intereſt, fœminis dotes conſervari ad ſobolem procreandam & educandam, & replendam liberis hominibus civitatem. *l.* 1. *ff. ſol. matr.*

Quarto adducitur hoc argumentum: quod mulier paciſcendo prioribus creditoribus, quibus jus quæſitum erat, nocere non poteſt. *l. filius.* 23. *C. de pact. l. tranſactione.* 30. *C. de tranſact.* Reſp. Mulier jus quæſitum aliis non aufert, ſed lex & Principis reſcriptum. Cum autem lex magis ſit rerum noſtrarum domina, quam nos ipſi. *l.* 2. *ff. de leg.* ex juſta cauſa res proprias ſingulis aufert, & poſteriores creditores prioribus præponit. Et ſi quis forte inſtet & urgeat

hanc conſtitutionem Juſtiniani, de jure prælationis conceſſo mulieri in dote contra priores creditores expreſſam hypothecam habentes, pugnare cum jure & æquitatis ratione; dicendum, Juſtinianum impenſe & plus æquo mulieribus favere voluiſſe. Fuit enim plane uxorius Imp. & ad nutum & beneplacitum conjugis ſuæ Theodoræ ſæpe leges mutavit, fixit & refixit, ut videre eſt in plurimis conſtitutionibus novellarum. Denique hic illud JC. Ulpiani verbum obtinet: *Quod quidem perquam durum eſt, ſed lex ita ſcripta eſt. l. proſpexit.* 12. *ff. qui & a quib. manum. lib. non fiunt. &c* Eleganter *Faber in error. pragmat. decade* 6. *error.* 2.

Quinto & poſtremo graviter adverſatur *l. ubi.* 29. *C. de jure dotium.* qua permittitur uxori vindicatio rerum dotalium, ſi maritus labatur facultatibus, contra poſteriores creditores, vel alios qui non habent legibus potiora jura. Hinc liquido patet, creditoribus prioribus expreſſam hypothecam habentibus mulierem non præferri, cum poſterioribus tantum præponatur, & iis qui potiora jura non habent, id eſt, qui tacita hypotheca nituntur. Reſp. Quod iſta ſit propria legis ſententia, quod mulier tam prioribus quam poſterioribus creditoribus præferatur, quamcunque hypothecam prætendant, niſi majus habeant privilegium, ut fiſcus in cauſa primipili, & liberi in actione dotis maternæ. *l.* 4. *C. in quib. cauſ. pign. tac. contr. d. l. aſſiduis. §. & ideo. Guibert. d. loco. c. ult.* Contraria ſententia, quod videlicet mulier tantum præferatur creditoribus prioribus tacitam, non vero expreſſam habentibus, communiter frequentiori calculo interpretum recepta eſt. Quam tuentur & approbant *Dynus in c. qui prior. de reg. jur. in* 6. *Jaſon, Zaſius & Sneidwinus ad §. fuerat. inſt. de act. Donel. ad d. l. aſſiduis. Neguzant. de pignor. part.* 4. *num.* 19. *Gail lib* 2. *obſ. c.* 25. *num.* 10. qui & ab ea opinione ſuo tempore in Camera imperii non eſſe receſſum adfirmat.

ASSERTIO X.

Promittens dotem incertam, efficaciter obligatur ad dotem pro modo ſuarum facultatum, & dignitate mariti conſtituendam.

PRivilegium dotis eſt, ut licet quis generaliter dotem, ſine deſignatione quantitatis aut certæ rei, promiſerit, tamen teneatur efficaciter, dotiſque quantitas pro modo facultatum promittentis, & dignitate mariti mulieriſque ſtatuenda eſt. Idque verum eſt, tam in parte puellæ, quam extraneo. *l. quæro.* 60. *l. cum poſt.* 69. *§. gener.* 4. *ff. de jur. dot. l.* 3. *C. de dot. prom. l. cum is.* 32. *§. mulier.* 2. *ff. de cond. indeb.*

Objicitur *l.* 1. *C. de dot. prom.* ubi ex his verbis in pactis dotalibus

libus comprehenſis, *Ea quæ nubit, dotem dare promittit*, mulier contra eos, qui eam nuptui collocabant, agere non poteſt, ad dotem conſtituendam. Reſp. Ibi ipſa mulier obligaverat ſuam perſonam ad dotem dandam; itaque alii qui dotem non promiſerunt, minime obligatione adſtringuntur. Hoc igitur tantum iſta lege deciditur, quod cum nihil ſit mulieri promiſſum, ſed ipſa promiſerit ſe dotem daturum, mulierem quoque actionem non poſſe intendere ad dotem dandam. Sed de hac quæſtione, an incerta promiſſio dotis mulierem obliget, nihil iſta lege definitur. Si tamen quid certi ſtatuendum eſſet, dicendum eſt, obligari mulierem, ut dotem pro modo ſuarum facultatum & dignitate mariti conſtituat: nam in piis cauſis, uti eſt dotis conſtitutio, incertitudo non vitiat promiſſionem. *l. ſi filia. 43. ff. de leg. 3. Coſtal. ad d. l. cum poſt. §. gener. ff. de jur. dot.* Quod ſi extraneus promiſit, ſine certa quantitate aut ſpecie ſe dotaturum puellam, tantum dare cogitur, quantum habita ratione bonorum ejus, & dignitatis puellæ, judex æquum ſtatuet. *d. l. 3. C. de dot. promiſ.* Connan. & Duaren, aliter hanc antinomiam conciliant, & *d. l. 1.* ita intelligunt, quod mulier incertam dotem promittens non obligetur, & vel uno denario, vel minima re in dotem data liberetur. Ratio eſt, quia cum mulier in genere dotem promittit, ſua refert, nullam vel minimam dotem eſſe in obligatione, ut omnia reliqua bona ſibi propria habeat, titulo dotis non obligata; debetque maritus ſuæ ignorantiæ & imperitiæ ſeu negligentiæ imputare, quod non contraxit cautius. Sed quando alius pro muliere dotem incertam promittit, efficaciter tenetur, quia non ſolum mariti, ſed multo magis mulieris intereſt, dotem arbitrio viri boni taxari, ne mulier fiat indotata, & ſic fortaſſis a viro domo expellatur. *l. ult. C. ad SC. Vell. Connan. lib. 8. comm. c. 8. Duaren. lib. 1. diſput. anniverſ. c. 56.* Vide aliter hanc antinomiam conciliatam apud *Joannem Robertum lib. 4. ſent. jur. c. ult.* Confer *Fachin. lib. 8. controv. jur. c. 75.* ubi quinque diverſas conciliationes recitat inter. *l. cum poſt. §. gener. ff. de jur. dot. & l. 1. C. de dot. promiſ.* Præterea conſule *Sarmient. lib. 8. ſelect. interpret. ad l. quidam teſtamento, 30. ff. de leg. 2. Guibert. de dotibus. c. 4. num. 4. & 7.*

ASSERTIO XI.

Filia ſuperſtitibus liberis in conjungio defuncta, dos profectitia non revertitur ad patrem, ſed manet penes maritum.

DEfenſa fuit hæc ſententia, & primo recepta a Martino contra Bulgarum propter has firmiſſimas rationes. Primo dos dicitur proprium filiæ matrimonium. *l. 3. §. ergo. 5. ff. de minor.* ideo

ad liberos prius quam parentes bonorum dotalium mulieris ſucceſſio devolvitur. §. 1. *nov. de hered. ab inteſt.* Secundo dos propter onera matrimonii datur. Sed maritus mortua ſuperſtitibus liberis uxore, onera adhuc ſuſtinet. *l. ſi maritus.* 46. *ff. fam. ercifc.* Ergo æquum eſt dotem penes eum manere. *l. ſi is qui.* 56. §. *ibi dos.* 1. *ff. de jur. dot.* Tertio hanc ſententiam confirmat *l. illam.* 19. *C. de collat.* in qua nepotes avo ſuccedentes dotem matris conferre compelluntur; quod non eveniret, ſi dos mortua filia reverteretur ad patrem. Nam ſi ad avum, patrem ſcilicet matris eorum, dos reverteretur, non eſſet in ea ſpecie de collatione dotis tractandum inter ipſos nepotes, quia dos apud eos non eſſet, ſed apud ipſum avum. Quarto confirmatur hæc ſententia ex *l. pater.* 23. *ff. de pact. dot.* ubi reſpondetur, valere pactum, quo pater qui filiæ nomine dotem dedit, paciſcitur, *ut mortua fil. a ſuperſtitibus liberis, deducta parte tertia, reliqua dos ſibi aut poſt mortem ſuam filiis reddatur.* Quod ſi dos ex juris communis diſpoſitione ad patrem regredi deberet, fruſtra tale pactum interponeretur. Quinto hanc opinionem corroborat *l. poſt dotem.* 40. *ff. ſol. mat.* ubi pater ſtipulatus erat, dotem ſibi reddi divortio facto; & pronuntiavit Papinianus, quod poſtquam extiterit ſtipulationis conditio, & filia ſine liberis deceſſerit, pater ex ſtipulatu recte agat. Ergo ſuperſtitibus liberis relictis dotis condictio patri denegabitur. Ultimo manifeſte hæc ſententia comprobatur in *l. unica.* §. *illo procul dubio.* 6. *C. de rei uxor. act.* ubi traditur, quod mortua in matrimonio muliere, dos quæratur illius hæredibus: proximi autem hæredes matri ſunt liberi, etiam in lucris nuptialibus. *l. ſancimus.* 11. *C. comm. de ſucceſſ. l. quod ſcitis.* 3. *C. de bon. quæ lib. in poteſt. conſtit. &c.*

In contrariam partem ciatur *l. pater filia.* 71. *ff. de evict.* & *l. dos a patre.* 4. *C. ſol. matr.* Verum reſpondetur, quod iſtis legibus ſimpliciter dicatur, quod ſi in matrimonio deceſſerit filiaſam. quod dos a patre profecta ad eum revertatur: ſed nulla ibi fit mentio de caſu exiſtentium liberorum. Ideoque ex generali iſtarum legum deciſione nihil certi in hac quæſtione probari poteſt. Unde recte tradunt communiter DD. quod maritus poteſt retinere dotem propter liberos. *Weſemb. in parat. ff. ſol. matr.* Pulchre *Faber lib.* 1. *conject. c.* 16. ubi hanc ſententiam conſuetudine obſervari notat. eamque tam jure novo quam veteri obtinere ſolidis argumentis demonſtrat. Quod & confirmat *Accurſius in l.* 4. *C. ſol. matr.* ubi notat hanc ſententiam, quod dos profectitia mulieris maneat penes maritum exſtantibus liberis, tanquam liberis favorabilem in uſu forenſi eſſe receptam.

Secundo objicitur *l. unica.* §. *taceat.* 5. in verb. *ſileat ob liberos retentio. C. de rei uxor. act.* ubi dicitur, maritum non retinere dotem propter liberos. Reſp. lex illa procedit, quando divortio ſolutum eſt matrimonium; tunc maritus dotem retinere non poteſt propter liberos

liberos. Idque confirmat evidenter *d.* §. *taceat.* in verb. *ſileat.* &c. ubi ſubjungitur, ideo maritum retentione dotis non uti, *ne varium genus culpæ contra uxorem excogitet.* Quod omnino accipiendum eſt de matrimonio divortio ſoluto, non morte mulieris; cum nulla culpa mariti vel mulieris accidat, ſi morte diſſolvatur conjugium.

Tertio opponitur *nov.* 118. *de heredit. ab inteſt.* §. 1. ubi ſtatuitur, quod bona liberorum profectitia poſt eorum mortem, jure ſucceſſionis ab inteſtato deferuntur ad parentes. Reſp. Hoc de aliis bonis quam dotalibus obtinet, quia dos dicitur proprium patrimonium filiæ, unde ad liberos transmittitur. *l.* 3. §. *ergo.* 5. *ff. de minor.* 25. *ann.* In lucris enim nuptialibus liberi proximi ſunt heredes matris. *l. quod ſcitis.* 3. *C. de bon. quæ liber. in poteſt. conſtit.* &c. *l. ult. C. comm. de ſucceſſ.* Diſſentiunt ab hac opinione *Fachin. lib.* 3. *contr. juris c.* 71. *Guibertus de dotibus. c.* 6. *num.* 3. & ſeqq. Notandum autem quod Fachinæus diſtinguat inter filiam in poteſtate, & emancipatam, ut priori caſu dos revertatur ad patrem etiam ſuperſtitibus liberis, poſteriori vero caſu remaneat dos penes maritum & liberos. Diſſentit & *Hotom. in tractat. de dotib.* ubi tradit, quod dos profectitia mortua muliere ad patrem extantibus etiam liberis redeat, non ad maritum. Poſtremo opponitur, quod ſi jure communi dos maneret apud maritum liberis ſuperſtitibus, fruſtra interponeretur pactum de dote lucranda in caſu exiſtentium liberorum; quod tamen pactum valet. *l. ſi pater dotem.* 12. *l. inter ſocerum.* 26. §. *cum inter patrem.* 2. *ff. de pact. dotal. l. ſi datali.* 48. *ff. ſol. matr.* Reſp. Quæ dubitationis tollendæ cauſa contractibus inſeruntur, jus commune non lædunt, poſſuntque ea quæ juris communis ſunt, etiam pro majori cautela pacto includi. Ideoque talia pacta valent inter conjuges, licet juri communi ſint conformia. *l. qui mutuam.* 56. *ff. mandat.*

In adventitia quoque dote liberi præferuntur patri, & mortua in matrimonio muliere, dos adventitia ſemper penes maritum manet. *l. mulier.* 20. *ff. de cond. inſt. l.* 5. *ff. de bon. damn. l.* 23. & 24. *ff. de evict. l.* 15. *ff. de fund. dotal. l. unic.* §. *illo procul dubio.* 6. *C. de rei uxor. act. l. ult.* §. 1. *ff. ut legat. ſeu fideicom. ſerv. cauſ. cav. Hotom. in tract. de dotib. Cujac. lib. obſ.* 9. *c.* 4. *Ferrar. in form. libel. qua uxor agit ad dotem.*

ASSERTIO XII.

Mulier naturaliter domina eſt dotis, maritus fictione juris civilis.

TRaditur hæc diſtinctio in *l. in rebus.* 30. *C. de jur. dot.* Maritus dominus eſt dotis, inſpecto ſcilicet initio, quoniam dos ipſi traditur. *l.* 7. §. *ſi res.* 3. verſ. *fiunt autem. l.* 9. §. 1. *ff. de jur. dot. l.*

ſi prædium. 23. *C. eod.* Præterea quoad exercitium actionum, & adminiſtrationem bonorum, quam lex ei concedit conſtante matrimonio, maritus cenſetur dominus dotis. *l. de his.* 11. *C. de jur. dot. l. doce ancillam.* 9. *C. de rei vind.* Item quoad fructus dotis, maritus fictione juris cenſetur dominus dotis, quos percipit & lucratur pro oneribus matrimonii. *l. pro oneribus.* 20. *C. de jur. dot.* Verum inſpecto effectu exituque, quia plerunque morte mariti aut divortio ſoluto matrimonio, dos redit ad mulierem, & quia interim omne emolumentum ad eam pertinet. *l. Titio centum.* 71. §. *Titio genero.* 3. *ff. de cond. & dem.* effectu ſcilicet, cum pro eo maritus viciſſim onera matrimonii ſuſtinere cogatur. *l. quamvis.* 75. *ff. de jur. dot.* mulier jure naturali eſt domina dotis, maritus fictione juris civilis. *l.* 7. §. *ſi fundum.* 12. *l. ſi conſtante.* 24. §. *ſi maritus.* 5. *ff. ſol. mat. l.* 3. §. *ergo.* 5. *ff. de minor. l. Lucius.* 21. §. *idem. reſpondit.* 3. *ff. ad municip.*

Objicitur huic ſententiæ, quod duo in ſolidum ejuſdem rei domini eſſe non poſſunt. *l. ſi ut certo loco.* 5. §. *duobus.* 15. *ff. commod.* Igitur maritus & uxor non ſunt dotalium rerum domini. Reſp. Dominium duplex eſt: Unum verum & efficax, quod mulier habet, quæ jure naturali domina eſt dotis. *d. l. in rebus.* Alterum fictum & imaginarium, quod eſt apud maritum, qui fictione juris dominus dotis eſſe cenſetur. Atqui dominium ejuſdem rei apud plures diverſo reſpectu eſſe poteſt. Sic directum dominium agri emphyteutici habet dominus directus, qui prædium dedit in emphyteuſin, utile dominium habet emphyteuta, quia utilis in rem actio illi conceditur. *l.* 1. *ff. ſi ag. vect. pet. l. poſſeſſores.* 12. *C. de fund. patr.*

Secundo objicitur, quod traditionibus verum & naturale dominium transfertur in accipientem. §. *per traditionem.* 40. *inſt. de rer. diviſ.* At fundus dotalis non aliter conſtituitur niſi traditione. *l. de diviſione.* 5. *ff. ſol. matr.* Ergo verum & naturale dominium dotis tranſit ad maritum. Reſp. Hoc argumentum ita demum procedit, ſi idoneus contractus ad transferendum verum & naturale dominium intercedat, hoc eſt, ſi res ea mente tradatur, ut verum & naturale ſeu efficax dominium ad accipientem perveniat. *l. traditio.* 20. *ff. de acquir. rer. dom.* Hic autem uxor non ita tradit dotem, ut verum & naturale dominium marito acquiratur, ſed tantum hoc agitur, ut maritus habeat jus & facultatem utendi fruendi rebus dotalibus. Ita hanc quæſtionem dicidunt *Coraſ. lib.* 5. *miſcel. c.* 14. *Cujac. lib.* 10. *obſ. c.* 32. *Guibert. de dotib. c.* 5. *num.* 4. & ſeqq. *Duaren. lib.* 1. *diſput. c.* 17. *Connan. lib.* 8. *comm. jur. c.* 9. *Hotoman. in diſputat. de dotibus. Vaudus lib.* 3. *quæſt. jur. cap.* 3. *Zaſius lib.* 2. *ſing. intellect. c.* 5. *Robert. lib.* 3. *ſent. jur. c.* 18. & *lib.* 3. *animadv. c.* 9. *Vultejus in diſceptat. ſcholaſt. c.* 19. & *libr.* 1. *juriſprud. c.* 20. *num.* 29. *Borcholt. ad princ. tit. inſt. quib. alien. lic. vel non.*

ASSER-

ASSERTIO XIII.

Pro reſtituenda vel conſervanda dote, maritus non eſt cogendus fidejuſſorem dare; datus tamen, tenetur.

PRobatur hæc ſententia ſatis aperte ex *l.* 2. *C. ne fidejuſ. dot. dent.* quæ dicit nullam fidejuſſionem exigendam eſſe a marito pro dote. loquitur ergo lex in eo caſu, quo maritus invitus cogitur ad dandum fidejuſſorem. Itaque a marito volente efficaciter datus fidejuſſor tenetur. Facit pro confirmatione hujus ſententiæ locus qui extat apud *Macrob. lib.* 1. *Saturnal. c.* 6. ubi ita ſcribit: *Scipio princeps gentis Corneliæ. cum ab eo ſponſalia proſcerentur, aſinum pecunia onuſtum produxit in forum, quaſi præſentem fidejuſſorem dotis, vel pignus.*

Objicitur *l.* 1. & 2. *C. ne fidejuſ. dot. dent.* Ubi dicitur, fidejuſſorem pro dote datum non teneri, ideo quod videatur ea fidejuſſio bonis moribus contraria, cum cauſam perfidiæ in connubio generet. Reſp. Incivile eſt ad dandum fidejuſſorem maritum dotis nomine cogendum eſſe, quia cum mulier ſeſe vitamque ſuam fidei mariti commiſerit, multo magis bona ſua ejus fidei commiſiſſe cenſetur. Sed ſi a marito volente datus ſit fidejuſſor, efficaciter tenetur, quia tunc ceſſat omnis ſuſpicio & cauſa perfidiæ, primo, quia omni obligationi fidejuſſor accedere poteſt. *l.* 1. *ff. de fidejuſ.* ſecundo, quia pignus a marito pro dote uxori dari poteſt. *l. quod autem.* 7. §. *ſi uxor.* 6. *ff. de don. int. vir. & ux.* Ergo & fidejuſſor, quia fidejuſſio ſimilis eſt pignoris dationi. *l. promiſſor.* 21. §. *ult. ff. de conſt. pec.*

Secundo obſtat *l. ſi conſtante.* 24. §. *quoties.* 2. *ff. ſol. matr.* Ubi maritus tenetur uxori ſatiſdare de reſtituenda dote. Reſp. Ibi maritus ſoluto matrimonio, non conſtante ſatiſdat de reſtituenda dote. Quo caſu jure veteri non ſtatim, ſed annua bima, trima die, id eſt. tribus annuis penſionibus tenebatur dotem reddere; jure novo intra annum res dotales mobiles, immobilia vero bona in dotem data ſtatim poſt ſolutum matrimonium reddi debent. *l. unic.* §. *cum autem.* 7. in verb. *exactio autem dotis. C. de rei ux. act.* Si ergo ſoluto matrimonio, a muliere vel ejus heredibus conveniatur maritus ad reſtitutionem dotis, tunc non ſufficit nuda promiſſio, ſed maritus tenetur datis fidejuſſoribus vel pignoribus, ſatiſdare ſua die dotem mulieri reddi.

Tertio adverſatur *l. cum dotis.* 55. *ff. de jur. dot.* ubi videtur adſeri, quod a marito fidejuſſor pro dote reſtituenda poſſit exigi. Reſp. Ibi non a marito dari petitur fidejuſſor pro dote reſtituenda, ſed e contra ab uxore, quæ marito dotem promittit, fidejuſſor poſtulatur pro dote danda. Probant hanc aſſertionem *Hotom. in diſp. de*

doti-

dotibus. Duar. ad tit. de jur. dot. c. 4. *Connan. lib.* 8. *comment. c.* 9. *num.* 8.

Poſtremo hoc argumentum in contrarium adfertur. Pacta quæ contra leges & bonos mores fiunt, nullius ſunt momenti. *l.* 6. *C. de pact.* Sed pactum quo conjuges paciſcuntur, ut a marito pro dote conſervanda fidejuſſor detur, eſt tale, quia fovetur & generatur cauſa perfidiæ in connubio, eo quod plus uxor fidat extraneo fidejuſſori quam marito. *l.* 2. *C. ne fidejuſſ. dot. dent.* Ergo conventio de fidejuſſore dando, etiam ultro a marito facta non valet. Reſp. Lex non prohibet, ne maritus etiam volens det fidejuſſorem, ſed tantum inhibet, ne invitus dare cogatur. At vero quoties præceptum prohibitivum reſpicit commodum ejus, cui ſit prohibitio, tunc conſilium potius eſt, quam præceptum. *l. filiusfam.* 114. §. *Divi Severus & Antoninus.* 14. *ff. de leg.* 1. Unde præceptum illud, ne fidejuſſores det, quoad maritum non obligat, quia quilibet poteſt favori ſuo renunciare. *l. ſi judex.* 41. *ff. de minor.* & volens non afficitur injuria. *l.* 1. §. *fin. ff. quod falſ. tut. auct. geſt. eſſe dicetur. Trot. in addit. ad Bart. in l. ſi conſtante.* §. *quoties. ff. ſol. matr.* Diſſentiunt *Fachin. lib.* 8. *controv. jur. c.* 76. *Godæus de contr. ſtip. cap.* 6. *concluſ.* 23. *num.* 360. & multis ſeqq. qui volunt & maritum, etiamſi ultro & ſponte fidejuſſorem dederit pro conſervanda vel reſtituenda dote, tamen ne eo quidem caſu fidejuſſorem obligari. Cui ſententiæ ſuffragatur *Cujac. in paratit. C. ne fidejuſſ. dot. dent.*

ASSERTIO XIV.

Pater tam diviti, quam pauperi filiæ, modo legitima ſit, dotem conſtituere cogitur, non vero naturali tantum.

PErtinet ad officium patris liberis ſuis dotem vel donationem propter nuptias dare. *l. ult. C. de dot. prom.* ubi dicitur, officium paternum eſſe liberos dotare. Quod ita accipiendum eſt, quod hoc magis neceſſitatis ſit quam arbitrii & voluntatis paternæ. *l. dotem.* 6. *ff. de coll. bonor. l.* 19. *ff. de rit. nupt.* ubi dicitur, quod pater auctoritate magiſtratus poteſt compelli, ut filias nuptui collocet, & pro modo facultatum dotem illis conſtituat. Sicut in ſimili ad officium judicis dicitur pertinere, quod ex præſcripto muneris publici, & juris auctoritate, neceſſario cogitur facere, puta teſtes infames a teſtimonii dictione repellere, lites ſuperfluas diminuere. *l. quidam.* 21. *ff. ſi cert. pet. l. quæſitum.* 13. *ff. de teſt. Guibert. de dotib. c.* 3. *num.* 13. & ſeqq. Naturalem tamen filiam pater dotare non cogitur. *l. uxorem.* 41. §. *pater naturalis.* 11. *ff. de leg.* 3.

Objicitur *l. ſi quis a liberis.* 5. §. 2. *ff. de lib. agn. & alend. &c.* ubi dicitur, patrem non teneri filiæ locupleti alimenta præſtare. ergo nec ad dotandam eam tenetur. Reſp. Non procedit argumentum

tum ab alimentis ad dotem, quia major eſt favor dotium ob utilitatem publicam: publice enim intereſt fœminas eſſe dotatas, ut facilius maritos invenire poſſint. *l. 1. ff. ſol. matr.* Deinde legitima portio, cujus vicem hodie dos obtinet, etiam ditiſſimis liberis debetur, alimenta vero non item. Cum ergo patri non liceat filiam locupletem exheredare, quinimo tenetur ei debitam portionem legitiam relinquere. §. *aliud. nov.* 115. Ergo & in dote idem dicendum eſt, quippe cujus eadem fere inſpectio eſt, quæ legitimæ portionis, utpote cum dos in legitimam imputetetur. *l. quoniam.* 29. *C. de inoff. teſt.*

Secundo objicitur, quod naturales liberi a parentibus ſunt aliendi. §. *pen. nov.* 89. Ergo & dotari debent. Item jure canon. non ſolum debentur alimenta liberis naturalibus, ſed etiam ſpuriis, adulterinis, inceſtuoſis, atque ex nefario complexu procreatis. *c. cum haberet. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* Cujus elegantem reddit rationem Ferrarienſis, in practica ſua, quod inhumanum ſit, ſit ut anima a Deo creata, quæ non peccaverit, periret. Reſp. Ut prius dictum eſt, non recte ab alimentis ad dotem ducitur argumentum. Nam hæc in jure ſæpe diſtinguuntur. Sic enim liberti alimenta liberis patroni præſtare debent, *d. l. ſi quis a liberis.* §. *ſolent.* quos tamen dotare non compelluntur. Diſſentiunt ab hac ſententeia *Bart. in l. mulier.* §. *cum proponeretur. ff. ad SC. Trebell. Duar. ad tit. ſolut. matrim. cap.* 3. *Alciat. ad l.* 1. *ff. ſol. matr. num.* 65. & noviſſime *Fachin. lib.* 10. *controv. jur. c.* 38. qui negant patrem eſſe obligatum ad dotandam filiam divitem.

ASSERTIO XV.

Filia quæ dote accepta, nihil amplius ſe ex hæreditate patris accepturam promiſit, ab inteſtato patri ſuccedere non prohibetur, niſi pactum juramento confirmavit.

TExtus eſt expreſſus in *c. 2. extr. de pact. in 6.* ubi additur ratio; quod omne juramentum, quod præſtitum, non vergit in æternæ ſalutis diſpendium, nec redundat in alterius damnum, eſt ſervandum. Poteſt namque hoc pactum jurejurando confirmari, quia non repugnat bonis moribus: ſed ob id ſolum jure reprobatur, ne liberi modico præſente contenti, grandem plerunque ſucceſſionem repudient. arg. *l. cum hi.* 8. *ff. de tranſact.* Quod ex eo patet, quod hoc pactum poſt mortem parentum initum, validum eſt. *l. ſi quando.* 35. §. 1. *C. de inoff. teſt.* Alia pacta, quæ contra bonos mores ſunt, hoc eſt, contra æquitatem honeſtatemve naturalem, jurejurando non poſſunt confirmari. *c. non eſt obligatorium. de R. J. in 6.* quia jusjurandum non debet eſſe vinculum iniquitatis. *c. quanto. extr. de jurejur. auth. quod eis. C. de nupt.* Tale eſt pactum de ſuccedendo,

quod

quod omnino contra bonos mores eſt, & plenum periculoſiſſimi triſtiſſimique eventus: nam inducit votum captandæ mortis, & viventis mortem funeſto & lugubri voto facit expectari. *l. ex eo.* 4. *C. de inutil ſtip. l. ult. C. de pact. l. donari.* 29. §. *ult. ff. de donat.* Ideoque hoc pactum jurejurando non corroboratur. *c. Quintavallis. extr. de jurejur.*

Objicitur primo, quod hoc pactum juratum, quo liberi paterna hereditate excluduntur, videtur eſſe contra bonos mores naturales: quia naturalis ratio, quaſi tacita quædam lex, liberis hereditatem parentum addicit. *l. ult. ff. de bon. damn.* Reſp. Non tota hereditas parentum jure naturæ debetur liberis, ſed legitima portio hereditatis tantum, eoque ſenſu *d. l. ult.* accipi poteſt. Unde & ſi renunciatio ſucceſſionis fiat pro minore quantitate, quam eſt legitima, abſolutionem a juramento concedi poſſe affirmat *Peck. ad d. c. non eſt obligatorium.* Imo videtur quod hoc pactum, quo filia de non ſuccedendo patri paciſcitur, juramento interveniente, valeat, etiamſi nullam accepit dotem, vel legitimam non eſt conſecuta, quia ratio, qua in *d. c.* 2. *de pact.* comprobatur hoc pactum, eſt quia hoc pactum abſque interitu ſalutis æternæ ſervari poteſt. Quæ etiam ratio obtinet, licet filia nullam omnino accepit dotem vel legitimam. Reſp. Juramentum non debet eſſe vinculum doli vel iniquitatis. Sed hoc jusjurandum cenſetur dolo eſſe extortum, quando filia renuntiat ſucceſſioni paternæ, cui nihil legitimæ portionis loco eſt relictum; & manifeſte iniquum eſt, quia filiam privat legitima jure naturæ ſibi debita a parentibus.

Secundo obſtat, quod pacta ſive juramenta contra leges inita non valent. *l. non dubium.* 5. §. *nullum. C. de leg.* Sed legibus hoc pactum prohibetur, quo filia dotata renuntiat futuræ ſucceſſioni. Ergo juramento confirmari non poteſt, *l. pactum.* 3. *C. de collat.* Reſp. ex ſententia Dyni *ad d. c. non eſt.* Aut prohibetur aliquod pactum legibus propter turpitudinem ſui, & hoc pactum juramento non confirmatur. Nam Chriſtianus homo ita inſtitutus eſſe debet, ut mortem potius oppetat, quam impium vel inhoneſtum quid promittat vel admittat. Et valere hic debet aurea & præclara illa Iſidori ſententia: *In malis promiſſis reſcinde fidem, in turpi voto muta decretum. Quod incaute voviſti, ne facias. Impia eſt promiſſio, quæ ſcelere adimpletur. c. in malis.* 22. *q.* 4. Aut prohibetur aliquid in privilegium & favorem certæ alicujus perſonæ; tunc juramentum interpoſitum ab eo, in cujus favorem prohibitio facta eſt, eſt obligatorium, & confirmat rem de qua agitur. *auth. ſacramenta. C. ſi adv. vendit.*

Tertio adverſatur *l.* 1. §. *ſi parens.* 3. *ff. ſi a parent. quis manumiſſ. ſit.* in qua lege filius certis rebus datis patri pactus eſt, ne pater extrema ſua judicia inquietaret; & dicitur ibi, hoc pactum de non ſuccedendo valere, licet non ſit jurejurando confirmatum. Reſp. Ibi filius

filius tantum dedit patri, quantum ſufficit ad legitimam: itaque pater excluditur a ſucceſſione filii, non propter pactum, ſed quia tantum accepit, quantum ſufficit ad legitimam. Lex enim ſtatuit, ut citra ullam pactionem legitima relicta liberis vel parentibus excludat querelam inofficioſi. *l. ſi non mortis.* 25. *ff. de inoff. teſtam.* Filia tamen enormiter læſa, non obſtante renuntiatione jurata, poteſt ex capite enormis læſionis contravenire renuntiationi, petita prius abſolutione a juramento. *l. ſi ſuperſtite.* 5. *C. de dolo. Maran. in ſpec. aur. diſp.* 10. *num.* 42. ut quia pater in bonis habebat decem millia aureorum, & filia acceptis in dotem ducentis renuntiavit hereditati paternæ. *Ferrar. in form. libel. ad pœnam ex compr.* Ratio eſt, quia magna & enormis læſio inducit præſumtionem doli, & conſequenter reſciſſioni renuntiationis locus eſt. *l. omnes.* 17. §. *Lucius.* 1. *ff. quæ in fraud. cred. fact. &c. Minſ. cent.* 5. *obſ.* 59. & 60. ubi notat ſecundum hanc ſententiam in Camera imperii pronuntiatum. Quod tamen fallit, niſi mulier ſciens hereditatis æſtimationem, ſponte & ex certa ſcientia renuntiavit: nam tunc non reſtitur contra renuntiationem, quia ſcienti & volenti non fit injuria. *c. ſcienti. de reg. jur. in* 6. Communis eſt DD. opinio, teſte *Vivio in comm. opin. in loco. mulier. Socin. in fallent. reg.* 194. *fall.* 4. & 6.

Assertio XVI.

Socer de dote conventus, tantum in id quod facere poteſt, tenetur.

Quæſtio magna eſt, de ſocero de dote convento, an prilegium ei tribuatur, ut, quatenus facere poteſt, condemnetur. Eſt autem ſocer vel mariti, vel uxoris pater. *l.* 4. §. *gradus.* 5. & §. 6. *ff. de grad. & affin. & nom. eor.* Et adverſus utrunque actio eſſe poteſt, adverſus patrem mariti de dote repetenda, quæ filiofam. ſoluta eſt: adverſus patrem uxoris, de dote, quam ipſe genero promiſit. De mariti patre conſtanter traditum eſt, eum in id quod facere poteſt, eſſe condemnandum. *l. rei judicata.* 15. §. *ſocero.* 2. *ff. ſol. matr. l. ſicut autem.* 21. *ff. de re jud.* Ratio eſt, quia parentibus id beneficium competit, ſocer autem parentis loco eſt. *l. quia.* 16. *ff. ſol. matr.* De mariti ſocero, id eſt, uxoris patre, major eſt controverſia. *Paulus* enim *in l. ex diverſo.* 17. *ff. ſol. matr.* hoc beneficium ei competere ſcribit, quod in *l.* 21. *ff. de re jud.* negat. Quas leges *in d. l. ex diverſo. Duarenus* ſic conciliat, ut ex duabus unam faciat. ut hic ſit ſenſus, Neratio & Proculo æquum viſum fuiſſe, ſocerum a marito conventum, in id quod facere poteſt, condemnari; ſed uſu aliter receptum eſt, id eſt, non probari hanc æquitatem vulgo. Quæ conciliatio plus habet ſubtilitatis, quam utilitatis. Magis placet ſolutionem ex alio reſponſo Pauli petere, quod extat in *l. penult. ff. de jur.*

jur. dot. ubi ita hæc conciliantur, ut ſcilicet, ſi conſtante matrimonio maritus a ſocero dotem petat, ſocer tantum in id quod facere poteſt, ſit condemnandus; ſoluto vero matrimonio in ſolidum. *l. ſed hoc ita. 22. ff. de re jud.* Ratio eſt, quia affinitates eas accipere debemus, quæ durant, non quæ aliquando fuerunt. Unde diremta affinitate, quæ cauſam dedit huic privilegio, expirat quoque privilegium. *l. 3. ff. de poſtul.* Quod ita tamen demum verum eſt, niſi aliqua fraus in ſocero arguatur, ut ſcilicet, cum ſciret ſe ſolvendo non eſſe, ampliorem dotem promiſerit genero, quam præſtare poſſet, ut hac fraude eum ad matrimonium cum filia ſua contrahendum induceret; tunc enim ab hoc privilegio arcebitur. *Coſt. in d. l. penult. ff. de jur. dot.* ubi notat, hac admiſſa diſtinctione multa JCtorum reſponſa ſimul juncta convenire. Quod & *Zaſius lib. 1. ſingul. intellect.* probat & amplectitur.

ASSERTIO XVII.

Neceſſarias impenſas quilibet tam bonæ quam malæ fidei poſſeſſor deducit. Utiles bonæ fidei poſſeſſor deducit: malæ vero fidei poſſeſſor eaſdem aufert, ſiquidem ſine læſione ſtatus prioris rei auferre poteſt.

PRobatur hæc deciſio per *l. domum. 5. C. de rei vind.* Ubi *Gl.* & *DD.* omnes communiter ita ſtatuunt. Et quidem de neceſſariis impenſis, quod eas indiſtincte malæ fidei poſſeſſor deducat, nulla dubitatio eſt. *d. l. domum.* quia ſibi imputaretur, ſi non faceret. Nam ſi quid quod neceſſario faciendum erat, omittat, & damni hinc aliquid exiſtat, tenetur illud malæ fidei poſſeſſor omnino reſarcire. *Bart. in l. in fundo. ff. de rei vind.*

De utilibus impenſis tantum movetur controverſia; ſed verior eſt ſententia, bonæ fidei poſſeſſorem eas omnimodo deducere; malæ autem fidei poſſeſſori utiles impenſas, quod ſine ſtructuræ detrimento fiat, tollere tantum permitti. hoc eſt, malæ fidei poſſeſſor utiles impenſas quidem detrahit, ſed non conſequitur earum æſtimationem. *Menoch. de recup. poſſeſſ. remed. 15. num. 513.* & *in arbitr. jud. lib. 2. cent. 3. quæſt. 58.* Eleganter *Anton. Fab. lib. 2. conject. jur. c. 4.* ubi omnino ſolidiſſimis rationibus & argumentis hanc ſententiam amplectitur & tuetur.

Sed objicitur *§. ex diverſo. 30. inſt. de rer. diviſ.* & *l. adeo. 7. §. ex diverſo. 12. ff. de acq. rer. dom.* ubi dicitur, quod malæ fidei poſſeſſori nulla competat impenſarum deductio. Hanc antinomiam communiter DD. tali diſtinctione temperant. Aut malæ fidei poſſeſſor fecit impenſas in reficiendo ſeu fulciendo; & tales impenſas utiles

les repetit. Aut de novo ædificando utiliter aliquid impendit, & tunc non deducit impenſas: quia ſi de novo ædificium extruxit, ſciens aream eſſe alienam, nec cauſam habet a domino, tunc omne quod impendit, donaſſe videtur. *Contius ad d. §. ex diverſo. Alciat. ad l. impenſa. ff. de verb. ſign.*

Balduinus & Cujacius in d. §. ex diverſo. melius & verius ſentire videntur, videlicet quod ſtricto jure malæ fidei poſſeſſor repetitionem utilium impenſarum non habeat, cum videatur donaſſe, eo quod temere ædificavit in eo ſolo, quod intelligebat eſſe alienum: ex æquitate vero denegari ei auxilium non poſſe, ſiquidem impenſæ quæ factæ ſunt, ſine læſione & detrimento rei auferri poſſint. & ſic intelligitur *d. l. domum.* & *l. in fundo.* 38. *ff. de rei vind.* Quam diſtinctionem probat JC. in *l. plane.* 38. *ff. de pet. her.*

Secundo objicitur *l. in fundo.* 38. *ff. de rei vind.* ubi bonæ fidei poſſeſſori permittitur tantum utiles impenſas tollere. Non ergo plene conſequitur id quod impenſum eſt utiliter, quia tollere tantum poteſt id, quod ſine læſione ſtatus prioris rei auferre poteſt, non vero conſequitur utilium ſumtuum æſtimationem. Diſtinguendum: Aut dominus eſt dives, qui poteſt ſine gravi detrimento utiles expenſas reddere, & tunc reddet prædictas expenſas. text. in *d. l. in fundo.* verſ. *finge pauperem.* ſumto argumento a contrario ſenſu. Aut dominus eſt pauper, & tunc non cogitur utiles impenſas reddere, ſed bonæ fidei poſſeſſori permittitur, eas tantum auferre. ſi ſine læſione rei tolli poſſunt. *Bart. in d. l. in fundo.*

Tertio objicitur *l. ſi ſervus ſervum.* 27. §. *ſi olivam.* 25. *ff. ad l. Aquil.* ubi qui in alieno fundo ſegetem deſecuit, vel maturas uvas collegit, non repetit impenſas factas, cum tamen ſint utiles impenſæ. Reſp. Ideo ibi non repetuntur ſumptus, quia qui fecit ſumptus, non poſſidebat fundum, ex quo percepit fructus, ideoque donare cenſetur impenſas, quia ſciens in alieno fecit. *Cujac. lib.* 10. *obſ. c.* 1. *Sarmient. lib.* 1. *ſelect. interpretat. c.* 10.

Illud notandum eſt, quod bonæ fidei ædificator, qui eſt in poſſeſſione ædificii, ſi conveniatur, habet exceptionem doli pro retentione impenſarum. Si vero a poſſeſſione ceciderit, actionem nullam habet. *l. Paulus.* 14. *ff. de except. dol.* Ratio eſt, quia actio oritur ex obligatione: nullum autem negotium hoc caſu inter dominum & ædificantem geſtum eſt, nihil ultro citroque contractum eſt, proinde nulla obligatione & actione dominus tenetur. *l. ſi in area.* 33. *ff. de cond. indeb.* Martinus autem vetus Gloſſator dat bonæ fidei poſſeſſori ex æquitate actionem, teſte *Azone in ſum. C. de rei vind. num.* 26. Quod probat & ſequitur *Caſtrenſ. in d. l. ſi in area.* ubi notat ædificanti bona fide in alieno ſolo, de rigore juris non concedi actionem, ſed ex æquitate competere actionem in factum, ex *l. ſi & me & Titium.* 32. *ff. ſi cert. pet.* & refert ſe ita conſuluiſſe in cauſa cujuſdam Florentini. *Hieron. Franc. ad l. culpa.* 36. *ff. de R. J.*

S Quia-

Quinimo ſi per errorem bonæ fidei poſſeſſor prædia reſtituit, non deductis ſumtibus, dabitur ei condictio incerti, id eſt, condictio poſſeſſionis, cujus retentione ſumtus ſervare poterit. *l. ſi uxor filio.* 19. *ff. de don. int. vir. & ux. l. qui exceptionem.* 40. §. *ſi pars.* 1. *ff. de cond. indeb. l. heres.* 21. *ff. ad SC. Trebell. Cujac. lib.* 10. *obſ. c.* 4. *Ferrar. in form. reſp. rei convent.* Diſſentit *Anton. Fab. in error. pragmat decade* 25. *error.* 9. & 10. ubi tradit nullam competere actionem ei qui in alieno ædificavit, ad repetendas impenſas.

ASSERTIO XVIII.

Tutor filiis datus, nepotibus datus non cenſetur.

HÆc aſſertio expreſſe traditur in *l.* 5. & 6. *ff. de teſt. tutor.* & §. *ult. inſt. qui teſtam. tutor. dar. poſſ.*

Objicitur *l. liberorum.* 220. *ff. de V. S.* ubi dicitur filiorum appellatione nepotes contineri. *Reſp.* Hoc non ex ſignificatione & proprietate verbi, ſed ex mente & voluntate loquentis accipiendum eſt, ſcilicet cum id ſenſit is, qui de filiis locutus eſt; nam ex verbi ſignificatione & proprietate, aliter filii, aliter nepotes appellantur. *d. l.* 6. Deinde cum hac exceptione ait *Calliſtratus in d. l.* 220. filiorum appellatione ex mente parentis nepotes contineri, niſi voluntas teſtatoris aliter ſe habeat. Quod autem tutore filiis dato, non contineantur nepotes, id etiam procedit ex voluntate & ſententia teſtatoris, tum ne nimis onerentur tutores, qui forte non poſſint ſufficere omnibus pupillis tuendis, tum quia non expedit eundem tutorem dari filiis & nepotibus, quia fieri poteſt, ut omnium adminiſtrationi non ſufficiat. Adde quod nihil nocebit nepotibus, eundem tutorem ipſis non dari, quia poterit nepotibus, ceſſante teſtamentario tutore, per judicem de tutore provideri. *Donel. lib.* 3. *com. c.* 4.

Secundo objicitur *l. ſi filius.* 6. §. 1. *ad. SC. Maced.* ubi dicitur, quod licet SC. Macedonianum loquatur tantum de filiis, tamen etiam locum habeat in nepotibus conſtitutis in poteſtate. *Reſp.* In favorabilibus, & quando manifeſta utilitas hoc ſuadet, nomen filiorum etiam ad nepotes & pronepotes extenditur; ut in SC. Macedoniano, quod favore filiorumfam. introductum eſt, ne ex mutuo ſine voluntate patris accepto teneantur. Item cum filiis aliquid legatur, deficientibus filiis etiam nepotibus debetur. *d. l. liberorum. Contius ad d.* §. *ult.* Sic etiam ſi pater filios inſtituit hæredes, præmortuis filiis, nepotes ex iis relicti inſtituti quoque cenſentur. *l. Lucius.* 85. *ff. de her. inſt. Alciat. ad l. filii.* 84. *ff. de V. S.* Plane in hac quæſtione, An filiorum appellatione contineantur nepotes, hæc etiam communiter adhibetur a DD. diſtinctio. Aut filii nominantur a lege, & tunc ſub iis continentur quoque nepotes. *l. filium.* 14. *ff. de*

de SC. Maced. ubi SC. Macedonianum, quod vetat filiisfam. pecunias mutuas dare, etiam extenditur ad nepotes. Aut ab homine puta a teſtatore vel contrahentibus filii appellantur, & tunc non continentur utpotes. *d. l. 6. ff. de teſtam. tutel.* Hanc diſtinctionem tradit *Alciat. ad d. l. filii. ff. de verb. ſign.* ubi tamen eam certis in caſibus limitat & reſtringit.

ASSERTIO XIX.

Suſpectus tutor ob latam culpam remotus, non fit infamis.

CONfirmatur hæc theſis evidentibus & apertis verbis in §. *ſuſpectus. 6. inſt. de ſuſp. tutor. l. 3. §. ult. ff. eod. l. ult. C. eod.* ubi dicitur, quod tutor ob dolum remotus fiat infamis, non vero ob negligentiam.

Contrarium, quod ob latam culpam remotus tutor fiat infamis, probatur ex *l. 1. §. 1. ff. ſi menſ. fal. mod. dix. l. quod Nerva. 32. ff. depoſ. l. 1. §. is quoque. 5. ff. de obl. & act.* ubi dicitur, quod lata culpa dolus ſit, & in doli crimen incidat, doloque plane comparetur. Igitur ſicut ob dolum ſuſpectus tutor fit infamis, ſic quoque ob latam culpam. Reſp. In pœnis pecuniariis & civilibus lata culpa pro dolo habetur. *l. 1. §. non alius. 2. ff. ſi quis teſt. lib. eſſe juſſ. erit: &c.* Sed quando infligenda eſt pœna corporalis vel infamiæ, lata culpa doli nomine non continetur. *l. in lege. 7. ff. ad l. Corn. de ſicar.* fama enim & vita hominis æquiparantur. *l. juſta. 9. ff. de manumiſſ. vindict. l. iſti quidem. 8. §. 2. ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* ubi dicitur, quod infamiæ metus viris bonis major eſſe debeat, quam mortis.

Secundo adverſatur huic ſententiæ, quod tutor dicitur integra exiſtimatione abire a tutela, ſi ob ſegnitiem a tutela removeatur. *l. 3. §. ult. ff. de ſuſp. tutor.* Ergo a contrario colligitur, quod ſi ob latam negligentiam removeatur, fiat infamis. Segnitie enim & deſidiæ appellatione abſolute poſita ſolent JCti. levem culpam demonſtrare. *l. contractus. 23. ff. de R. J. Baro ad §. ſuſpectus.* Reſp. Probabilis hic videtur *Zaſii* & *Minſ.* diſtinctio, quod lata culpa alia ſit verſutiæ, alia ignaviæ. Culpa verſutiæ eſt, cum quis ex verſuto & malo animo res alienas affectata ſegnitie negligit, cum in rebus ſuis curandis & cuſtodiendis providus ſit & diligens. Exempla ſunt in *d. l. quod Nerva. l. idemque. 10. §. generaliter. 12. & l. ſi fidejuſſor. 29. ff. mandat.* Hæc culpa ubique dolo comparatur, & pari jure cum dolo cenſetur. Culpa ignaviæ, eſt ſupina & nimia negligentia, ut ſi quis ignoret, quod omnes homines ſciunt & intelligunt. *l. latæ culpæ. 223. ff. de V. S.* Hæc lata culpa ignaviæ dolo non comparatur, ut quæ plus habet ſtultitiæ & inſcitiæ, quam mali-

tiæ. *Minſ. ad d.* §. *ſuſpectus.* Diſſent. *Coraſ. lib.* 4. *miſcel. c.* 2. *num.* 8. 9. & 10. ubi decidit tutorem ob latam culpam remotum a tutela, tanquam ſuſpectum exiſtimationis notam incurrere, & famæ jacturam facere. Cui adſtipulantur *Don. lib.* 18. *comm. c.* 8. *Duaren. ad l.* 5. *ff. de in lit. jur.*

ASSERTIO XX.

Teſtamenti factio juris civilis potius eſt, quam gentium.

Teſtamentum jure civili orginem habuiſſe, & introductum eſſe tenet *Bart. in l. ex hoc jure.* 5. *ff. de juſt. & jur. Caſtrenſ. in l.* 3. *ff. de teſt.* & noviſſime *Anton. Faber. in error. progmat. decade* 36. *errore* 2. Idque probatur primo ex §. *ſed cum paulatim.* 3. *inſt. de teſt. ord.* ubi dicitur, jus teſtamentorum tripartitum eſſe, & referri partim ad jus civile, partim ad jus prætorium, partim ad conſtitutiones principum, neque ſit ullius teſtamenti a jure gentium introducti mentio. Secundo probat hoc *l. verbis legis.* 120. *ff. de V.S.* ubi dicitur, heredum inſtituendorum facultatem a legibus XII. tab. datam aſſe. ergo teſtamentum eſt juris civilis, cum heres niſi in teſtamento inſtitui non poſſit. §. *ante heredis inſtitutionem.* 34. *inſt. de legat.* Tertio probatur ex eo, quod deportati non amittunt ea, quæ ſunt juris gentium. *l. quidam. ff. de pœn.* ſed nec teſtamentum facere, nec heredes inſtitui, nec ex teſtamento capere deportati poſſunt. *l.* 1. *C. de hered. inſt. l. ejus qui.* 8. *ff. qui teſt. fac. poſſ. l.* 1. §. *hi quibus.* 2. *ff. de leg.* 3. Ergo teſtamentum non eſt juris gentium. *l.* 2. *C. de bon. proſcript.* ubi dicitur, quod deportatus moriens non relinquit heredem. Quarto adducitur fortiſſimus textus in §. *ult. inſt. de uſ. & habit.* ubi teſtamentum ponitur inter modos acquirendi dominii juris civilis.

Verum DD. communiter ſtatuunt, quod teſtamentum ſit origine juris gentium, forma autem juris civilis. *Vigl. ad* §. 1. *inſt. de teſt. ord. DD. in l.* 1. & *l. interdum.* 29. *ff. de cond. indeb.* Adducunt pro hac oppinione *c.* 25. & 27. *Geneſ.* ubi Abraham reliquit omnia ſua bona Iſaaco poſt mortem: filiis autem concubinarum largitus eſt munera, & ſic Abraham teſtamentum feciſſe videtur. Item Iſaac dedit hereditatem ſuam Jacobo, excluſo Eſau. Reſp. quod hi patres non forma teſtamenti, ſed benedictione, & alio quovis modo bona ſua reliquerunt liberis. Illa enim ultima voluntas non dicebatur teſtamentum, cum teſtamentum ſit a jure civili poſtea introductum. Quoties enim jus civile actui alicui nomen & formam tribuit, ille actus cenſetur juris civilis, ut patet in ſtipulatione, quæ quia formam & nomen a jure civili accepit, juris civilis eſſe dicitur. §. *de conſtituta pecunia.* 9. *inſt. de act. l.* 1. *ff. locat.* Sic teſtamento jus civile dedit formam & nomen. §. 1. &

2. *inſt.*

2. *inſt. de teſtam. ord.* ergo a jure civili introductum eſt. Quod autem juris gentium non ſit, probatur ex eo quoque, quod omnes gentes teſtamentorum uſum non obſervaverunt. Sic apud Germanos jus teſtandi in uſu non fuiſſe Tacitus ſcriptum reliquit. Sic enim ſcribit Tacitus de moribus Germanorum. Apud Germanos nullum olim fuit teſtamentum. Rudis enim tunc temporis hæc erat natio, & ſecreta literarum viri fœminæque pariter ignorabant: itaque ſucceſſores apud ipſos erant ſui cuique liberi.

Multum autem prodeſt inveſtigare, utrum jure civili, an gentium teſtamentum ſit introductum: quia ſi ſtatuimus eſſe juris civilis, poterit ſtatuto diſponi quod nemo poſſit teſtamentum condere, prout in ducatu Geldriæ uſu obtinet, in quo nulli de rebus immobilibus teſtamentum condere licet. Si vero dicimus juris gentium eſſe, non poterit ſtatuto tolli teſtamenti factio, quia jura civilia poſſunt tolli lege vel ſtatuto, cum jura gentium jure civili mutari & abrogari nequeant. §. *pen. inſt. de jur. natur. gent. & civil.* Huc apte refertur, quod notat *Vigl. ad* §. *ult. inſt. de hered. inſtit.* quod Franci hoc jure hodie utuntur, ut ſi quis non eſt origine Francus, quem ipſi Albinum, quaſi alibi natum dicunt, is teſtandi facultate apud eos caret, præſertim in bonis, quæ illic in Francia poſſidet. Pulchre *Tobias Nonius ad tit. inſt. de teſtam. ordin. Alciat. ad l. nihil.* 24. *ff. de V. S.* Eleganter *Sichard. ad l. ſi teſtamentum.* 10. *C. de teſtam. num.* 7.

ASSERTIO XXI.

Filiusfam. ne de illis bonis adventitiis quidem, quorum uſusfructus patri non quæritur, teſtari poteſt, contra VAUDUM.

PRobatur hæc ſententia in *l. penult. C. qui teſtam. fac. poſſ.* Adhæc quod filius de adventitiis bonis teſtari nequeat, non ea cauſa prohibitionis eſt, quod eorum uſusfructus ad patrem pertineat, ſed quod jus teſtandi tribuatur jure publico. & legibus XII. tab. Hæ autem leges ita cavent: *Paterfam. uti ſuper pecunia tutelave ſua legaſſit, ita jus eſto.* Hoc jus XII. tab. poſtea Impp. ita coarctarunt, ut filiofam. in bonis caſtrenſibus & quaſi, jus teſtandi conceſſerint: in reliquis ergo bonis manet jus vetus immutatum.

Objicitur primo quod traditur in *l. filiusfam.* 9. *ff. de his qui ſui vel. alien. jur. ſunt.* quod filiusfam. in publicis loco patrisfam. habeatur. Atqui teſtamenti factio eſt juris publici. *l.* 3. *ff. teſtam.* Ergo filiusfam. etiam poteſt de bonis adventitiis, quæ pleno jure ad eum pertinent, teſtamentum facere. Reſp. Lex XII. tab. expreſſe requirit, ut paterfam. ſit, qui de ſua pecunia teſtatur. Sic enim habent verba legis XII. tab. *Paterfam. uti legaſſit ſuper pecunia*

tutelave ſuâ, ita jus eſto. Quod verò attinet ad legem contrariam, quod ſcilicet filiusfam. in publicis cauſis habeatur pro patrefam. hoc verum eſt, ut lex ipſa declarat, in publicis muneribus & officiis, ut ſcilicet poſſit filiusfam. non minus ac paterfam. magiſtratum gerere, tutelam, ac reliqua publica munera ſubire.

Secundo graviſſimè obſtat *l. ult. §. ipſum autem filium. 5.* verſ. *filiis autem familias. C. de bon. quæ liber. in poteſt. conſtit. &c.* ubi diſerte ſtatuitur, in iis tantum bonis, in quibus patri quæritur uſusfructus, filiumfam. teſtari non poſſe. Ergo a contrario ſenſu, in aliis bonis adventitiis, quæ in ſolidum ad filium pertinent, permittitur illi teſtamenti factio. Sed reſpondetur, hac reſtrictione excipi ſola caſtrenſia & quaſi caſtrenſia bona, quia ejus conſtitutionis tempore unicus tantum caſus bonorum adventitiorum extabat, quo uſusfructus patri non acquirebatur, & in quo teſtamenti factio conſiderabilis erat, nimirum quando filius ſine patris conſenſu hereditatem adiiſſet. Atqui in *d. l. penult. C. qui teſt. fac. poſſ.* diſerte expreſſum eſt, non licere hoc caſu filiofam. teſtari: ait enim Juſtinian. *ſive ſine patris conſenſu bona poſſideant, ſive cum ejus voluntate, non permittimus filiisfam. teſtamenta facere.* Licet autem plures ſpecies bonorum adventitiorum poſtea repertæ ſunt, quibus uſusfructus patri non quæritur, tamen in omnibus hiſce ſpeciebus vigore *d. l. penult.* filiofam. teſtandi licentia denegatur; quia *d. l. penult.* una eſt ex 50. conſtitutionibus, quæ emendat *d. l. ult.* Per 50. enim conſtitutiones tanquam noviſſimas codicis leges, veteres conſtitutiones eidem codici inſertæ reformantur. Unde ex conſtitutione *d. l. ult.* male colligunt DD. quod filiusfam. de bonis adventitiis, quorum habet plenam proprietatem, teſtari poſſit, cum per *d. l. penult.* emendetur aſſerta lex finalis.

Nihil facit ad confirmationem contrariæ opinionis §. 1. *nov.* 117. *c.* 1. *ut lic. matri & aviæ & aliis parent. &c.* ubi dicitur, filiofam. de eo cujus patri non quæritur uſusfructus, licere diſponere: *diſponendi* autem verbum videtur ad jus teſtamenti pertinere. Nam hoc diſſolvit Græca lectio. Neque enim Imp. uſus eſt verbo διατίθεσθαι, ſed διοικεῖν, quod ſignificat adminiſtrationem inter vivos. Quapropter filius poterit adventitia bona adminiſtrare inter vivos & in contractibus, non autem de iis in ultima voluntate diſponere, quod ſequentia novellæ verba manifeſte demonſtrant. *Cujac. ad nov.* 117. *Vigl. ad. §. 1. inſt. quib. non eſt perm. fac. teſt.*

Poſtremo obſtat *l. Imperator. 50. ff. ad SC. Treb.* ubi bona adventitia, in quibus pater nullum habet uſumfructum, comparantur peculio caſtrenſi. Atqui filiusfam. de peculio caſtrenſi teſtamentum facere poteſt. Ergo, &c. Reſp. Comparantur adventitia bonis caſtrenſibus quamdiu vivit filius, ideoque mortuo filio in poteſtate, etiamſi de iis teſtatus ſit, redeunt ad patrem, quia ipſo jure nullum eſt teſtamentum de bonis adventitiis, quæ pleno jure filiofam. acqui-

Digitized by Google

quiruntur. Scite *Cujac. ad l. 6. ff. qui teſt. fac. poſſ.* & *lib. obſerv.* 27. *c.* 5. *Fachin. lib. controv. juris. c.* 94. Hanc etiam opinionem approbat *Speculator* pater practicorum *in tit. de inſtr. edit.* 13. *num.* 13. ubi inquit, filiusfam. non poteſt teſtari de rebus adventitiis ſibi ita relictis, ne ad patrem perveniat uſusfructus, idque ob hanc rationem, quia teſtamentum eſt juris publici. Diſſentiunt *Vaudus lib.* 1. *quæſt. jur. c.* 1. *Gothof. ad l.* 3. §. 1. *C. qui teſt. fac. poſſ.*

Poſtremo notandum, quod cum Franci non habeant liberos in poteſtate, ſecundum *gloſſ.* in verb. *Romanorum. inſt. de patr. pot.* quod propterea filiifam. Franci etiam teſtari poterunt de bonis adventitiis: quia cum non vivant legibus Romanis, & poteſtas patria propria ſit civium Romanorum, ut dicitur in §. *jus autem.* 2. *inſt. de patr. pot.* ideo poterunt teſtari. Quod dicit *Baldus in verſ. c. unic. an marit. ſucced. uxor. in benef.* eſſe bene notandum, quia in Italia, quæ eſt ipſorum ſepulchrum, ſæpe moriuntur. Ita tradit *Cattell. Cotta in memoral.* in verb. *Francigena.* ubi dicit etiam hoc extendi ad Venetos, quia non ſunt legibus Romanis adſtricti.

ASSERTIO XXII.

Contractus in teſtamento fieri non poſſunt: contra communem DD. opinionem.

PRobat hanc aſſertionem *l. heredes palam.* 21. §. *ult. ff. de teſtam. l. cum antiquitas.* 28. *C. eod.* ubi dicitur, teſtamenta unico contextu fieri debere, nullo actu extraneo interveniente. fac. *l. duos reos.* 6. §. *ult. ff. de duobus reis conſtit.* Atqui contractus ſunt actus plane alieni & diverſi a teſtamento, & toto genere inter ſe diſtinguuntur. Nam teſtamenta uſque ad mortem poſſunt revocari; atqui a contractibus ſemel initis non licet alterutri contrahentium invito altero recedere. *l.* 4. *ff. de adim. vel transfer. legat. vel fideicom. l. ſicut.* 5. *C. de obl. & act.* Huc facit *l. verba.* 20. *ff. de V. S.* ubi dicitur, verbum *contrahere* non pertinere ad jus teſtandi.

Contrarium tamen communi ſententia DD. receptum eſt. Quæ certe opinio defendi poſſe non videtur, cum nulla lege fulciatur. Adferunt DD. hæc argumenta. Primo quod adſignatio libertorum fieri poſſit teſtamento. *l. adſignare.* 7. *ff. de adſign. libert.* Sed reſpondeo, quod teſtator adſignando libertum, cum alio non contrahat, ſed tantum ſuam voluntatem ſine contractu declarat.

Secundo objicitur, quod teſtamento pignus poſſit conſtitui. *l. non eſt mirum.* 26. *ff. de pign. act.* Item quod teſtator jurejurando heredem adſtringere poſſit, ut aliquid faciat. *l. cum pater.* 77. §. *filius.* 23. *ff. de leg.* 2. Reſp. Tum demum pignus recte teſtamento conſtituitur, quando pro eo, quod in teſtamento relictum ſeu legatum eſt, conceditur: tunc enim ad id quod in teſtamento agitur, pertinet. *l. Lucius.* 11. *ff. de alim. legat.* Quod vero de juramento additur,

tur. nihil ad rem facit, quia juramentum non eſt contractus, ſed declaratio voluntatis, invocatione divini nominis confirmata.

Tertio objicitur *l. etiam.* 11. *ff. de inoff. teſt.* ex qua donationem cauſa mortis teſtamento fieri poſſe colligitur. Reſp. Ibi donatio cauſa mortis induit naturam fideicommiſſi. Nam olim donatio cauſa mortis traditione vel ſtipulatione demum, hodie etiam nuda conventione perficitur. *l. ſi quis argentum.* 35. §. *ſin autem.* 3. *C. de donat.* Et ſic cum donatio cauſa mortis olim non erat contractus, potuit & teſtamento fieri, præſertim cum hæc donatio inſtar legati obtineat. *l. etſi.* 17. *ff de don. cauſ. mort. Vigl. ad* §. *ſed cum paulatim. inſt. de teſt. ord.* Vel reſpondendum brevius & apertius, quod donationes cauſa mortis non recte inter contractus numerantur, quia Juſtinianus eas plane legatis comparavit. *l. ult. C. de mort. cauſ. donat. Hotom. ad d. l. heredes.* §. *ult.* Hanc opinionem, quod contractus in teſtamento celebrari & expediri non poſſint, ſequitur & approbat quoque *Tobias Nonius* doctiſſimus JC. *ad princip. tit. inſtit. de teſtam. ordin. num.* 56. & 57. Diſſentiunt communiter *DD. Covarruv. in rubr. de teſtam. num.* 17. *Boër deciſ.* 353. *num.* 4. *Loriot. de apicib. jur. tit. de teſt. ordin. num.* 25.

ASSERTIO XXIII.

Filius emancipatus, ſicut & frater, maritus, miniſtri, recte in teſtamento adhibentur teſtes.

Filii qui ſunt in poteſtate, item fratres qui in ejuſdem patris ſunt poteſtate, non poſſunt eſſe teſtes in teſtamento patris aut fratris. §. *in teſtibus.* 9. *inſt. de teſtam. ord. l. qui teſtamento.* 20. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* Unde colligitur a contrario ſenſu emancipatos filios poſſe eſſe teſtes in teſtamento patris, item fratrem fratri emancipato condenti teſtamentum, teſtem eſſe poſſe. Ratio diverſitatis eſt, quia liberi in poteſtate, item fratres in ejuſdem patris poteſtate reprobantur teſtes, eo quod propter vinculum patriæ poteſtatis una perſona cenſentur. Inducit ſiquidem patria poteſtas fictionem quandam unitatis, propter quam repelluntur a teſtimonio, quia videntur pro ſe ipſis teſtimonium ferre. §. *eo vero. inſt. de inut. ſtip.* Sin vero filius eſt emancipatus, quia jam habetur pro extraneo, poterit in paterno teſtamento eſſe teſtis: ceſſat enim hæc unitas perſonarum. Unde & alii domeſtici teſtes, ut fratres emancipati, maritus in teſtamento uxoris, & miniſtri, recte hic adhibentur teſtes. *l. reſpiciendum.* 11. *ff. de pœn.* Ita notat *Caſtrenſ. ad d. l. qui teſtamento.* §. 1. Approbant *Vigl.* & *Weſemb. ad d.* §. *in teſtibus.* ubi contra Bart. & DD. hanc ſententiam recte defendunt.

Objicitur *l.* 3. *C. de teſtib.* ubi dicitur, quod *domeſtici teſtimonii fides jure improbatur.* Ergo domeſtici teſtes, ut ſunt maritus, frater eman-

emancipatus, miniſtri, non recte adhibentur teſtes in teſtamento. Reſp. Domeſticus teſtis in teſtamentis intelligitur is, qui eſt in familia & poteſtate teſtatoris, non qui familiaris eſt teſtatori, vel cum eo habitat. Domeſticum enim teſtimonium in teſtamentis, non ex cohabitatione, ſed ex conjunctione unioneque, quæ per patriam poteſtatem contingit, æſtimatur. §. *pater.* & ibi *Theoph. inſt. de teſt. ord.* Domum enim pro familia & poteſtate ſæpe accipimus. Sic ſuos heredes domeſticos eſſe ait Imp. in §. *ſui autem. inſt. de her. qual. & diff.* qui ſunt in familia & poteſtate teſtatoris. Hi itaque domeſtici, qui ſunt in poteſtate teſtatoris, tantum prohibentur eſſe teſtes in teſtamentis. Cæteri vero domeſtici teſtes non prohibentur in teſtamentis, ſed in judiciis vel contractibus tantum. Ratio diverſitatis eſt, quia tunc prohibentur domeſtici, quando per eorum teſtimonium aliquid acquiritur ei pro quo producuntur, & de ejus lucro agitur. Sed in teſtimoniis teſtamentariis non agitur de commodo ejus pro quo teſtes producuntur, ſed tantum hoc ſpectatur, ut ultima defuncti voluntas exitum ſortiatur, cui leges plurimum favere ſolent. *l. vel negare. 5. ff. teſt. quemadm. aper. &c.*

Secundo objicitur *l. parentes. 6. C. de teſtib.* ubi dicitur, parentes & liberos non poſſe ſibi invicem eſſe teſtes. Reſp. Hoc intelligendum eſt, quando liberi volunt pro parentibus teſtificari in eorum commodum, ſcilicet in actibus inter vivos, puta in contractibus, & delictis: quo caſu repelluntur propter immodicam affectionem & benevolentiam, qua non minus liberi ſui, quam emancipati, parentes ſuos proſequuntur. In teſtamento autem patris, filii emancipati poſſunt eſſe teſtes, quia non teſtificantur in commodum patris, ſed pro herede patris. Caſtrenſ. d. loco.

Tertio repugnant inter ſe *d. §. in teſtibus.* & *d. l. qui teſtamento. §. per contrarium.* 2. Nam in §. *in teſtibus.* negatur, in teſtamento filii de caſtrenſi peculio teſtantis patrem & fratrem eſſe teſtes, quod in §. *per contrarium.* evidenter affirmatur. Reſp. §. *in teſtibus.* intelligendus eſt, quando filius facit teſtamentum jure communi, id eſt, poſt miſſionem a militia. Tunc enim pater non poteſt eſſe teſtis, ideoque addit Imp. in *d. §. in teſtibus. poſt miſſionem.* Sin autem in expeditione & in caſtris filius teſtetur, quia tunc jure militari, & citra omnem ſolennitatem teſtatur, patris teſtimonium admittitur. Ita intelligendus eſt §. *per contrarium.*

ASSERTIO XXIV.

Ex imperfecto teſtamento nihil debetur, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris.

EX ſcriptura imperfecta teſtamenti nihil omnino debetur: imo neque codicillorum quidem vim habet teſtamentum imperfectum.

ctum. *l. ex ea.* 29. *ff. qui teſt. fac. poſſ. l. fideicommiſſa.* 11. §. 1. *ff. de leg.* 3. Idem traditur in *l.* 1. *ff. de jur. cod. l. ſi veritus.* 23. & *l. ex teſtamento.* 29. *C. de fideicom.* Fallit hæc concluſio, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris teſtamento, hoc modo: *Si non valet hæc diſpoſitio tanquam teſtamentum, valeat inſtar codicillorum, vel cujuſcunque alterius ultimæ voluntatis.* Hæc enim clauſula operatur, ut relicta in teſtamento imperfecto, debeantur ab heredibus ab inteſtato. *l.* 3. *ff. de mil. teſt. l. coheredi.* 41. §. *cum filia.* 2. *ff. de vulg. ſubſt. l. ult. C. de codic. d. l. ex ea.* textus elegans in *l. Lucius.* 88. §. *ult. ff. de leg.* 2. Quando igitur clauſula codicillaris adjecta eſt teſtamento, tunc non ſolum legata, ſed & inſtitutiones heredum conſervantur. Itaque heredes proximi ab inteſtato non ſolum legata præſtabunt hoc caſu, ſed etiam jure fideicommiſſi hereditatem his reſtituere tenentur, qui ſunt ſcripti in minus ſolenni teſtamento, deducta tamen quarta Trebellianica: arg. *l. poſthumus.* 12. §. *ult. ff. de injuſt. rupt. irr. fact. teſtam. l. ſi quis priore.* 29. *ff. ad SC. Treb. Accurſ.* & *Caſtrenſ. ad d. l. ex ea.*

Objicitur huic deciſioni *l. jubemus.* 29. in verb. *quod ſi non fuerit. C. de teſtam.* ubi Juſtinianus ſtatuit, ſi teſtator quorundam heredum nomina nuncupavit, & quorundam reticuit, tunc ex teſtamento imperfecto hi ſoli ſuccedent, qui nuncupati ſunt: quæ lex pugnat cum *l. ſi is qui.* 25. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* Reſp. diſſimilis eſt illa ſpecies a ſpecie in *l.* 25. propoſita. Nam in *l.* 25. teſtator cum per nuncupationem teſtamentum facere vellet, non omnes heredes nuncupavit. At in *d. l. jubemus*, cum teſtamentum faceret in ſcriptis, omnes quidem quos voluit inſtituit heredes, ſed non omnium heredum nomina propria manu ſubnotavit, vel viva voce nuncupavit; quod ibi Juſtinianus primum introduxit. Itaque totum teſtamentum ibi non rumpitur, ſed tantum qui nuncupati voce teſtatoris non ſunt, vel manu ejus ſubnotati, ab hereditate repelluntur. *Cujac. ad d. l. ſi is qui.*

Secundo objicitur *l. ult. ff. de jur. cod.* ubi videntur ex teſtamento imperfecto legata deberi. Reſp. In illa lege teſtamentum nuncupativum fuit conditum, in quo nuncupatus eſt heres; Sed & codicilli præterea ſcripti ſunt, & in illis legata relicta. Separatim igitur teſtator fecit teſtamentum nuncupativum, & codicillos in ſcriptis: ex teſtamento defertur hereditas, ex codicillis legata debentur.

Tertio opponitur *l. Titia.* 13. *ff. de inoff. teſt.* ubi ex teſtamento inofficioſo, cui adjecta erat clauſula codicillaris, legata non debentur. Reſp. Ex teſtamento rupto per querelam inofficioſi, nec legata nec fideicommiſſa debentur. Idque ideo fit, quia cujus teſtamentum tanquam inofficioſum condemnatur, pro demente habetur, nec intelligitur habuiſſe teſtamenti factionem. *l. nec fideicommiſſa.* 36. *ff. de leg.* 3. Atqui qui teſtamenti factionem non habet, nec

nec codicillos, nec fideicommiſſum relinquere poteſt. *l. 2. ff. de leg. 1. Cujac. ad d. l. ex ea. Bart. ad d. l. Titia.* Poſtremo notandum, quod teſtamentum agnatione poſtumi præteriti ruptum, non ſuſtineatur in vim fideicommiſſi per clauſulam codicillarem. Unde poſtumus virtute hujus clauſulæ non tenebitur ab inteſtato reſtituere hereditatem ſcriptis heredibus, retenta ſibi quarta Trebellianica, vel legitima. arg. *l. 1. C. de codic. l. ſi cum vel in utero.* 10. *C. de teſt. mil.* Ita poſt Bart. tradunt *Gail lib. 2. obſ. 14. Fachin. lib. 4. contr. juris. c. 12.* qui notant Bartoli opinionem eſſe veritatem, & hodie magis communem.

Sed opponitur *l. ult. C. de codic.* ubi dicitur, quod per clauſulam codicillarem teſtator videtur velle, ut in teſtamento diſpoſita valeant ſaltem in vim fideicommiſſi, ſi teſtamentum quocunque modo infirmetur. Itaque cum ob poſtumi præteritionem teſtamentum rumpatur, videtur poſtumus tanquam proximior, & heres ab inteſtato, quaſi ex codicillis rogatus per fideicommiſſum reſtituere hereditatem ſcriptis heredibus. *Reſp.* Clauſula codicillaris nihil operatur in iis caſibus, in quibus defectus eſt voluntatis. Sed quando teſtator ignoranter præteriit poſtumum, non cenſetur tempore teſtamenti de eo cogitaſſe; ideoque non cenſetur virtute clauſulæ codicillaris, filium de eo quo nihil cogitavit tempore teſtamenti, a ſua hereditate excludere voluiſſe. arg. *l. cum acutiſſimi.* 30. *C. de fideicom. l. generaliter.* 6. *C. de inſt. & ſubſtit.* Generalis illa, incerta, & vaga cogitatio, quæ ex adjectione clauſulæ codicillaris colligitur, non extenditur ad ea quæ veriſimiliter teſtator non ſtatuiſſet, vel de quibus non cogitaverat.

Secundo objicitur *l. 3. §. ſed etſi poſt.* 1. *l. conficiuntur.* 8. *§. ſi poſt.* 3. *l. ab inteſtato.* 16. *ff. de jur. cod.* ubi dicitur, quod poſtumus natus non rumpat codicillos, & fideicommiſſa præſtare teneatur. *Reſp.* Poſtumus non rumpit codicillos, quia in iis hereditas nec directo datur, nec ſibi ademta cenſetur. Neque enim dari aut adimi directo hereditas codicillis poteſt. *§. codicillis. 2. inſt. de codic.* At hic agitur de teſtamento, in quo alii poſtumo præterito inſtituti ſunt heredes. Hoc poſtumus cum rumpat, non cogitur illud oblique exequi, ut ſcriptis in teſtamento heredibus per fideicommiſſum reſtituat hereditatem.

ASSERTIO XXV.

Nemo poteſt pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedere.

Regula hæc expreſſe traditur in *l. 7. ff. de R. J.* & in *§. non autem. inſt. de hered. inſt.* Hinc ſi quis in una re, puta domo ſeu fundo, heres inſtitutus ſit, omnium rerum heres futurus eſt, ſi plures

ASSERTIO XXVI.

Præter XIV. *cauſas novella Juſtiniani expreſſas, nullam aliam ob ſimilem, aut graviorem ingratitudinis cauſam, liberi exheredari poſſunt, contra communem DD. opinionem.*

HOdie certæ ſunt cauſæ exheredationis ex jure novellarum: olim non erant certo definitæ, ſed æſtimabantur ex arbitrio centumvirorum. Itaque falluntur, qui alias cauſas his ſimiles, aut majores excogitarunt, quibus licita ſit exheredatio liberorum, quia Imp. expreſſe in §. *adhac aliud. nov.* 115. conſtituit, nullas alias ingratitudinis ſeu exheredationis cauſas, quam quæ ſua conſtitutione continentur, liberis opponi poſſe. Quod ſi liceret haſce cauſas extendere, nihil opus fuiſſet enumeratione certarum cauſarum, & fruſtra diceret Imp. altercationem ſublatam, ſi alias cauſas ingratitudinis liceret excogitare. Imo addit Imp. graviores cauſas a veteribus JC. prætermiſſas, quas tamen omnes ipſe perfecte comprehenderit. Unde ſequitur, nullam extenſionem hic admitti. *Vigl. ad* §. *ult. inſt. de exher. liber.*

Doctores, qui ob ſimiles aut graviores cauſas liberos exheredari poſſe ſtatuunt, ponunt exemplum in eo, qui læſæ majeſtatis, aut perduellionis reus eſt, quaſi gravius peccet, qui patriam aut Principem prodiderit vel læſerit, quam qui patrem offenderit. *l. minime. 35. ff. de relig. & ſumpt. funer. &c.* Sed reſpondetur, quod licitum eſt parentibus liberos exheredare, non in vindictam criminis publici, ſed ut injuria privata, quæ præcipue parenti irrogatur, hac exheredatione coerceatur. Crimen autem læſæ majeſtatis, adulterii, falſi, & ſimilia, publica crimina ſunt, quibus communiter omnes homines offenduntur; ideo quæ legibus publicis, & a quolibet e populo vindicantur, non ſunt privata aut civilia, hoc eſt, talia delicta, quibus patria pietas præcipue offenditur. *Connan. lib. 9. comm. c.* 10.

Secundo opponitur *l. non poſſunt.* 12. *ff. de legib.* ubi dicitur, quod judex in caſibus ſimilibus iis qui in lege expreſſi ſunt, idem jus ſtatuere debet. Reſp. Hæc *novella.* 115. introduxit has cauſas exheredationis in pœnam ingratitudinis, & ideo odioſa eſt; ideoque nequaquam extendenda eſt ad alios caſus in ea non expreſſos, præſertim cum Juſtinianus extenſionem prohibeat.

Tertio opponitur §. *porro. qua fuit. prim. cauſ. amitt. benef. lib.* 2. *tit.* 24. *feud.* ubi habetur, quod ex certis cauſis ibi enumeratis vaſallus poteſt feudo privari, & ſubjungit textus, quod *ſi alias graves & inhoneſtas injurias vaſalli domino intulerint, quod feudum amittant.* Reſp. *Nov.* 115. abſolute & præciſe loquitur, & excludit

dit omnes alias cauſas præter illas XIV. Cujus verba ſunt: *Ut præter illas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi qua in hujus conſtitutionis ſerie continentur.* Diſſentit *Fachin. lib. 6. controv. jur. c.* 78. Imo communis opinio DD. eſt in contrarium, quod ſcilicet liberi poſſint ob ſimiles aut graviores cauſas ingratitudinis a parentibus exheredari. a qua in practica non eſt recedendum. *Jul. Clarus in recept. ſentent.* §. *teſtamentum. quæſt.* 41. *Nicolaus Everar. in locis legalibus, in loco ab except. ad regulam. Menoch.* celeberrimus practicus *de arbitrar. judic. lib.* 2. *cent.* 3. *caſu.* 267. *num.* 6. *Sneidwinus inſtit. tit. de exhered. libr. Gomez. tomo* 1. *var. reſolut. c.* 11. *num.* 12. *Cujac. ad. nov.* 18. *de trient. & ſemiſſ. & ſucceſſ. filior. &c.*

ASSERTIO XXVII.

Prius teſtamentum perfectum, per poſterius imperfectum non rumpitur.

Confirmatur hæc aſſertio in *d. penult. inſt. quib. mod. teſt. infir.* Ratio eſt, quia eadem ſolennitate teſtamenta revocantur, qua conficiuntur, juxta regulam. *l. nihil.* 36. *ff. de R. J.*

Objicitur *l.* 1. §. *ſi heres.* 8. *ff. ſi tab. teſt. null. extab. und. lib.* Ubi dicitur, ſi teſtator aliqua ratione mutavit voluntatem, hoc eſt, prius teſtamentum ſolenne, & voluit inteſtatus decedere, tunc teſtamentum prius cenſetur revocatum. *Reſp.* communiter DD. quod tunc demum nuda & ſola voluntate revocetur teſtamentum, quando teſtator adjecit ſe ideo mutaſſe prius teſtamentum, quia inteſtatus decederet. *Vigl. ad* §. *penult.* Sed rectius *Weſemb.* mihi videtur ſentire *in d.* §. *penult.* quod tunc demum voluntate teſtatoris mutetur teſtamentum, ſi teſtator aliquo facto mutiationem declaravit, puta ſi ſigilla incidit, vel ſcripturam teſtamenti cancellavit & delevit: quia majoris momenti ſunt facta quam verba. Quod etiam *d.* §. *ſi heres.* ſatis aperte oſtendit, & *l.* 1. §. *penult. ff. de bon. poſſ. ſec. tab. l. ult.* in fin. *ff. de his qua in teſt. del. l. penult. C. de teſtam. Fachin. lib.* 4. *controv. jur. c.* 8.

Secundo opponitur *l.* 2. *ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt.* & *l. hac conſultiſſima.* 21. §. *ult. C. de teſtam.* ubi prius teſtamentum rite factum rumpitur per poſterius imperfectum. *Reſp.* Tum demum teſtamentum poſterius imperfectum rumpit prius perfectum, ſi in poſteriori teſtamento inſtituti ſunt heredes, qui ab inteſtato venire poſſunt. Quod adeo verum eſt, licet poſterius teſtamentum ideo imperfectum ſit, quia filius in eo præteritus eſt. Probat hoc aperte *l. ſi duobus,* 12. §. *ſi prius.* 1. *ff. de bon. poſſ. contr. tab.* ubi dicitur, quod prius teſtamentum perfectum rumpitur per poſterius imperfectum, in quo filius præteritus eſt, ſi in eo ſcripti ſunt heredes ve-

venientes ab inteſtato. Statuitur ergo in *d.* §. *ſi prius.* quod ſi in ſecundo teſtamento illi inſtituti ſunt, qui ſi filius non extaret, venirent ab inteſtato, hoc teſtamentum eſſe validum, & rumpere primum. Ideoque filio præterito opus eſt bonorum poſſeſſione contra tabulas ad reſcindendum ſecundum teſtamentum; nam illa tantum datur contra teſtamentum validum. Si vero heredes extranei ſcripti ſunt in ſecundo teſtamento imperfecto, hoc teſtamentum non rumpit primum, nec valet. Ideoque filius non habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia prius teſtamentum, in quo inſtitutus vel exheredatus fuit, remanſit validum. Nec prædictis adverſatur *l. ſi filius.* 7. *ff. de lib. & poſt. hered. inſt. vel exhered.* ubi dicitur, quod teſtamentum poſterius, in quo filius eſt præteritus, non rumpat prius, in quo filius eſt inſtitutus, vel exheredatus: quia iſta lex eſt accipienda, quando in poſteriori teſtamento non ſunt inſtituti heredes venientes ab inteſtato, ſed extranei: tunc enim prius teſtamentum valet, & firmum manet. *Vigl. ad d.* §. *penult. Cujac. ad d. l. ſi filius.*

ASSERTIO XXVIII.

Teſtamentum, quo poſtumus præteritus vivo teſtatore decedit, valet.

TEſtamentum in quo poſtumus eſt præteritus, eſt ipſo jure nullum. Si tamen poſtumus præteritus vivo patre decedat, datur heredi ſcripto bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas ex eo teſtamento, legataque & fideicommiſſa convaleſcunt. Summo ergo jure hoc teſtamentum rumpitur, ſed ex æquitate convaleſcit jure prætorio. *l. poſtumus.* 12. *ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt.* Et hic eſt unus caſus notandus, in quo adhuc hodie neceſſaria eſt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, quando ſcilicet poſtumus præteritus vivo patre deceſſit. Hoc caſu jure civili adiri non poteſt hereditas, quia teſtamentum poſtumi agnatione eſt ruptum. Danda ergo eſt neceſſario heredi inſtituto bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, ut hereditatem ex teſtamento adire poſſit. *Caſtrenſ. in d. l. poſtumus.*

Objicitur *l.* 2. *C. de poſt. her. inſt. vel exhered. &c.* ubi dicitur, *poſtumo præterito, quamvis natus ilico deceſſit, teſtamentum ruptum non reſtitui.* Reſp. ſub diſtinctione. Aut poſtumus præteritus natus vivo teſtatore deceſſit, & tunc teſtamentum ex æquitate convaleſcit. Ratio eſt, quia tunc præſumitur teſtatorem in eadem voluntate voluiſſe decedere, ex quo teſtamentum non mutavit. Aut poſtumus poſt mortem teſtatoris ſubito deceſſit, & tunc teſtamentum non reſtituitur poſtumi morte. Ratio eſt, quia eo tempore, quo maxime valere debebat teſtamentum, ſcilicet tempore mortis teſtatoris; ſuperſtes fuit poſtumus; ideoque ejus præteritione omni-

omnino ruptum cenſetur. *Cujac. ad l. 7. ff. de lib. & poſt. Vigl. ad §. 1. inſt. de exher. lib. Bart. ad l. 2. C. de poſth. hered. inſt. Cujacius* JCtorum coryphæus in notis *ad inſtit. tit. de exhered. liber.*

Assertio XXIX.

Ex cauſa exheredationis vel præteritionis reſciſſa inſtitutione, cætera teſtamenti capitula firma manent.

JUre veteri, teſtamentum in quo filiusfam. præteritus eſt, in totum corruit, ita ut nec legata nec fideicommiſſa ex eo debeantur. *l. filio. 17. ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt.* Verum quæritur ab interpretibus, anne hoc correctum ſit per *nov. 115. §. ſive igitur.* & §. *ſive autem hæc omnia.* in quibus traditur, teſtamentum in quo filius præteritus, vel injuſte exheredatus eſt, quoad ſolam inſtitutionem heredis infirmari, cætera vero ſalva manere. Et poſt Azonem Alciatus & Cujacius exiſtimant, totum teſtamentum, in quo filius præteritus eſt a patre, etiam jure novellarum corruere.

Sed contraria ſententia verior & probabilior eſt, quod ſcilicet filio præterito, vel ſine juſtâ ingratitudinis cauſâ adſcripta exheredato, inſtitutio quidem corruat, ſed legata & reliqua in teſtamento diſpoſita firma maneant. Id probat aperte §. *aliud. d. nov.* 115. ubi Imp. loquitur conjunctim tam de exheredatione quam præteritione; & generaliter ſtatuit, quod non liceat parentibus præterire vel exheredare liberos, ſine juſta ingratitudinis cauſa adjecta. Neque admitti poteſt opinio Cujacii, qui hoc totum putat de præteritione a matre facta accipiendum, cum text. in *d.* §. *aliud.* ſimpliciter & generaliter loquatur de præteritione parentum. Confirmatur hæc ſententia hoc invicto argumento, quod in *nov.* 115. ſtatuitur non licere parentibus filios exheredare, niſi una ex XIV. cauſis ingratitudinis a Juſtiniano enumeratis fuerit adjecta. Atqui exheredatio non rite facta, eſt quædam præteritio. §. *eadem.* 12. *inſt. de hered. quæ ab. inteſt. defer.* Ergo idem in præteritione, quod in exheredatione non rite facta locum habet. Sicut ergo teſtamentum patris, in quo filius non adſcripta juſta cauſa ingratitudinis exheredatus eſt, tantum quoad inſtitutionem corruit, legata autem præſtanda ſunt. *d.* §. *ſive igitur.* eodem modo filio præterito in teſtamento paterno, legata conſervanda ſunt, quia exheredatio non rite facta nihil aliud eſt, quam præteritio. Adde quod dicat Imp. in §. *hæc autem ita. nov.* 115. ſe prædicta ſtatuiſſe, ut a liberis exheredationis & præteritionis contumeliam auferret. Atqui majorem injuriam pater filio infligit, cum falſis criminibus eum exheredat, quam ſi ſilentio eum prætereat, verbiſque contumelioſis non lædat. Ita eleganter tradunt *Donel. ad*

auth.

auth. ex cauſa. C. de lib. præter. num. 7. & 8. Quam ſententiam *Accurſ. Bart.* & *Caſtrenſ. in d. l. filio.* quoque amplectuntur.

Opponitur, quod jus novum in *d. nov.* 115. introductum dicitur eſſe in favorem filiorum, ne ſcilicet liberi in facultatibus parentum aliquam circumſcriptionem patiantur ut dicitur in §. *Cæterum. d. nov.* 115. Sed hic nullus verſatur favor filiorum præteritorum, imo odium, quia tenentur ad legata in teſtamento imperfecto relicta, ad quæ alias non tenerentur. Reſp. Favor filiorum in hoc ſpectatur, quod in exheredatione vel præteritione filii debet inſeri cauſa ingratitudinis. Sed favor teſtatoris in eo conſideratur, quod teſtamentum non reſcindatur in totum, ſed tantum quoad inſtitutiones heredum, quoad legata vero, fideicommiſſa, & alia capitula validum remanet teſtamentum.

Assertio XXX.

Qui pure inſtitutus, ſub conditione iterum inſtituitur, pure inſtitutus cenſetur: & qui ſub diverſis conditionibus bis inſtitutus eſt, utra prior extiterit, heres erit.

DUÆ aſſertiones hac enunciatione continentur. Prima eſt: Heres qui primum pure, & deinde ſub conditione iterum inſtituitur, pure inſtitutus cenſetur. text. eſt in *l. ſi te ſolum.* 27. *ff. de hered. inſt.* Ratio eſt, quia ſemel data hereditas, tacite nunquam adimi cenſetur. arg. *l. ex parte.* 22. *ff. de adim. vel transfer. legat. vel fideicom.* Ideoque prior inſtitutio pura per ſequentem conditionalem inſtitutionem deficiente conditione non cenſetur revocata. *Cajac. ad d. l. ſi te ſolum.*

Objicitur *l. non ad ea.* 89. *ff. de cond. & dem.* ubi dicitur, ſi cui quid prius pure, deinde ſub conditione legetur, quod poſterius legatum valeat. Ergo & poſterior inſtitutio debet valere. Reſp. Aliud obtinet in legatis, quam in inſtitutionibus heredum. In legatis ultima voluntas ſeu diſpoſitio prævalet, in inſtitutionibus plenior inſtitutio heredis potior habetur. *Bart. ad d. l.* 27.

Secundæ aſſertio. Qui bis ſub diverſis conditionibus inſtitutus eſt, utra prior extiterit, heres erit. textus eſt in *d. l. ſi te ſolum.* & *l. ſi plures.* 17. *ff. de cond. inſt.* In legatis vero noviſſima conditio expectatur, *l.* 51. 87. & 89. *ff. de cond. & dem.*

Assertio XXXI.

Heres ad certum tempus, vel ex certo tempore inſti-tui non poteſt.

Regula juris eſt, quod ad certum tempus, vel ex certo tempore hereditas dari non poteſt, ſed vitio temporis ſublato pura manet inſtitutio. *l. hereditas.* 34. *ff. de hered. inſt.* Ratio prioris eſt, quia qui ſemel heres factus eſt, non poteſt deſinere eſſe heres. *l. ei qui.* 88. *ff. de hered. inſt.* Ratio poſterioris eſt, quia nemo poteſt pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedere. Quod fieret, ſi quis aliquo tempore heredem haberet, alio non haberet; pars enim etiam in tempore dicitur. Quando igitur dies adjectus eſt inſtitutioni heredis, tempus adjectum pro ſupervacuo eſt; & ex tempore vel ad tempus inſtitutus, perinde habetur, ac ſi pure inſtitutus eſſet. §. *heres.* 9. *inſt. de hered. inſt.*

Objicitur *l. in tempus.* 62. *ff. de hered. inſt.* ubi dicitur, recte heredem inſtitui in tempus, cum quis capere poterit. Item *l. ſi mater.* 33. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* ubi mater recte filium heredem inſtituit, cum erit annorum XIV. Reſp. Prædicta regula tantum procedit in die expreſſim inſtitutioni adjecta: nam ex die hereditas expreſſe non recte datur, veluti *poſt quinquennium quam moriar*, tacite tamen recte datur. *l. quoties.* 9. §. *penult. ff. de hered. inſt. d. l. ſi mater.* veluti *cum capere poteris*, *cum adoleveris. d. l. in tempus.* Et ita ſæpe fit, ut quæ expreſſa non valent, tacita tamen valeant. *Cujac ad d. l. hereditas.*

Secundo obſtat *l. poteſt.* 56. *ff. de hered. inſt.* ubi reſpondetur, quod valeat illa inſtitutio: *Ille, ſi intra annum ſeptuageſimum deceſſero, heres mihi eſto.* Reſp. Ibi non ad certum tempus, id eſt, intra annum ſeptuageſimum inſtituitur heres, ſed ſub conditione, ut ſi ante annum ſeptuageſimum moriatur, decedat teſtatus; ſi poſtea moriatur, inteſtatus decedat.

Assertio XXXII.

Si teſtator inſtituit heredes hoc modo, ex partibus quas adſcripſero; *nullis partibus adſcriptis, æqualiter heredes erunt. Si vero dixit*, ex partibus quas adſcripſi; *nullis definitis partibus, nulla eſt inſtitutio.*

Heredes ita inſtituti, *ex partibus quas adſcripſero*, vel *ſi partes eis adſcripſero*, ſi nullæ partes exprimantur, ex æquis partibu

tibus inſtituti cenſentur. Sed ſi ita ſunt heredes inſtituti, *ex qua parte Titius me heredem ſcripſit, vel ego eum heredem ſcripſi, ex tali parte eum inſtituo*, deficiente iſta conditione in præteritum collata, deficit quoque inſtitutio. textus eſt in *l.* 2. & *l. ſi quis ita.* 36. *ff. de hered. inſt.* Ratio decidendi eſt, quia quando conditio ad præſens vel præteritum tempus refertur, quæ eſt falſa, ſtatim vitiat inſtitutionem. At ubi in futurum tempus confertur conditio, valet inſtitutio, etiam deficiente conditione, ſi ea conditio dependet ex facto teſtatoris. Notat *Gl. in d. l.* 2. in verbis, *non putat*, per *l. cum in ſecundo.* 16. *ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt. l. ſi teſtamentum.* 8. *C. de inſtit. & ſubſtit. &c.*

Objicitur primo *l. Clemens.* 81. §. 1. *ff. de hered. inſt.* ubi dicitur: *Si teſtator ita ſcripſerit, Qua ex parte me a Titio heredem inſtitutum recitaſſem, ex ea parte Sempronius mihi heres eſto; nullo recitato teſtamento, inanem videri inſtitutionem.* Ubi etiam teſtator videtur heredem inſtituiſſe ſub conditione collata in futurum, ex qua ſcilicet parte Titius ipſum teſtatorem inſtituit, & tamen inanis & fruſtranea eſt inſtitutio. Reſp. Ideo in iſta lege inutilis eſt inſtitutio, quia dependebat ex facto tertii, & proinde meram conditionem continebat, qua deficiente deficit quoque heredis inſtitutio. At vero quando teſtator inſtituit aliquem ex partibus, quas ipſe adſcribet, valet inſtitutio etiam nullis partibus adſcriptis. *d. l.* 2. & *d. l.* 36. Ratio eſt, quia hæc partium deſcriptio pendet ex facto & voluntate teſtatoris. Unde nullis partibus adſciptis, videtur teſtator mutaſſe voluntatem & ſine parte voluiſſe eum eſſe heredem. *Accurſ.* & *Cujac. ad d. l.* 81.

Secundo objicitur *l. qui plures.* 18. *ff. de uſufr. legat.* Ubi qui legata reliquit iis libertis, quos codicillis in poſterum deſignaſſet, ſi nullos poſtea deſignaverit, legatum pro nihilo habetur. Reſp. Ibi non eſt inutile legatum, ideo quia teſtator non perfecit quod promiſit, ſed quia ſunt incertæ perſonæ legatariorum, quibus legata reliquit. *Cujac.* & *Caſtrenſ. ad d. l.* 2.

ASSERTIO XXXIII.

Subſtitutio pupillaris facta puberi verbis directis, non valet, ne quidem in vim fideicommiſſi.

Ratio aſſertionis eſt, quia jus non patitur, ut pater filio faciat heredem in ea ætate, qua ſibi ipſi facere poteſt. Valebit tamen hæc ſuſtitutio intra pubertatem, poſt pubertatem vitiabitur. *l. in pupillari.* 14. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Quærunt autem interpretes, An ſubſtitutio pupillaris facta ultra pubertatem proficiat in vim fideicommiſſi. Et verius eſt, ne quidem in vim fideicommiſſi valere. Quod diſerte probatur per *l.* 7. *ff. d. t.* ubi dicitur, fruſtra fieri

poſt pubertatem verbis directis pupillarem ſubſtitutionem. Neque enim fruſtra fieret, ſi quaſi fideicommiſſum valeret.

Objicitur *l. centurio.* 15. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* & *l. precibus.* 8. *C. de impub. & aliis ſubſt.* ubi ſubſtitutio puberi facta directis verbis a milite, in caſum quo heres erit, & intra certum tempus morietur, valet jure fideicommiſſi. Reſp. Militi hoc ſingulare privilegium conceſſum eſt, ut ſubſtitutio pupillaris ab eo facta verbis directis, valeat ultra pubertatem in vim fideicommiſſi. Cum enim miles habeat hoc privilegium, ut poſſit etiam ex tempore & ad tempus facere heredem; *l. miles ita.* 41. *ff. de mil. teſt.* poteſt etiam poſt pubertatem ſubſtituendo, bona ſua in ſubſtitutum heredem transferre. Quod quia ex privilegio competit militibus, ſequitur, paganos, qui nullum habent tale privilegium, ultra pubertatem fruſtra ſubſtituere.

Secundo objicitur *l. Scævola.* 76. *ff. ad SC. Trebell.* ubi ſubſtitutio directa in codicillis facta vim fideicommiſſi obtinet. Reſp. Ideo ibi ſubſtitutio directa pro fideicommiſſaria accipitur, quia in congruo loco, ſcilicet in codicillis facta eſt, qui locus eſt obliquarum, non directarum inſtitutionum. Præterea aliud eſt in ſubſtitutione directa quæ fit ei, cui fieri non poteſt, hæc enim pro fideicommiſſaria non accipitur. Tum demum enim ſubſtitutio directa in codicillis facta, in vim fideicommiſſi valet, ſi in teſtamento valere poteſt, ut ſi fuit pupillaris, ut *Scævola* loquitur *in d. l.* 76. At ſi compendioſa fuit, quæ directis verbis pubertatem egreditur, hæc non poteſt flecti in fideicommiſſum in codicillis, quia nec in teſtamento valere potuit. Pulchre *Vigl. ad* §. *penult. inſt. de pup. ſubſt.* Hæc itaque ſententia, quod ſubſtitutio verbis directis facta puberi, non valeat in vim fideicommiſſi, ex veritate legum rectius defendi poteſt. Quæ aperte quoque comprobatur per §. *ult. inſt. de pup. ſubſt.* & *l. ſi frater.* 5. *C. de fideicom.* ubi dicitur, ſubſtitutionem directam filio puberi fieri non poſſe, ſed ſolum hoc eſſe receptum, ut teſtator filium heredem puberem roget, ut ſi intra certum tempus moriatur, hereditatem alteri reſtituat per fideicommiſſum. Hanc ſententiam defendunt *Govean. ad d. l. verbis.* & *Cujac. lib. obſ.* 11. *c.* 25. & *lib.* 12. *c.* 27. *Vigl.* & *Weſemb. ad* §. *ult. inſt. de pup. ſubſt. Connan. lib. ult. comm. c. ult. num.* 9. *Fachin. centur.* 4. *controv. jur. cap.* 43. 44. & 45. *Duaren. lib.* 2. *Anniverſ. diſput. cap.* 7. *Menoch. de præſumt. lib.* 4. *præſumt.* 52. & 55. Diſſentit *Duaren.* 2. *lib. anniverſ. diſput. c.* 7. & *ad tit. de vulg. & pup. ſubſtit. c.* 28.

ASSERTIO XXXIV.

Tam per expreſſam pupillarem ſubſtitutionem, quam per tacitam pupillarem in vulgari contentam, mater excluditur a ſucceſſione filii impuberis.

Vulgaris ſubſtitutio facta filio impuberi, continet in ſe tacitam pupillarem, & vice verſa expreſſa pupillaris continet tacitam vulgarem. *l.4.ff. de vulg. & pup.ſubſt.* Ratio eſt, ut in omnem eventum filii impuberes heredem teſtamento habeant. Idque & in reciproca ſubſtitutione obtinet, ut ſi pater duos filios impuberes ſibi invicem ſubſtituit, hos tam vulgariter quam pupillariter videatur ſibi mutuo ſubſtituiſſe. *d.l.4.* Hujus deciſionis, quod vulgaris ſubſtitutio facta filio impuberi includat pupillarem, & e contra magnus eſt effectus. Nam ſicut expreſſa pupillaris ſubſtitutio excludit matrem a ſucceſſione filii impuberis, adeo ut nec de inofficioſo filii teſtamento queri poſſit. *l. papinianus.* 8. §. *ſed nec.* 5. *ff. de inoff. teſt.* ita & ex tacita pupillari, quæ in expreſſa vulgari ſubſtitutione continetur, mater excluditur. Quoties enim pater filio impuberi in alterum caſum ſubſtituit, in utrunque ſubſtituiſſe cenſetur.

Objicitur *l. ult. C. de inſt. & ſubſt. &c.* Ubi cum mater cum filio poſtumo erat inſtituta, aliuſque poſtumo vulgariter ſubſtitutus, licet in ſubſtitutione vulgari contineatur tacita pupillaris, tamen mater non excluditur per tacitam pupillarem. Reſp. Ideo pupillaris ſubſtitutio, quæ alioqui in vulgari continetur, ibi locum non habet matre ſuperſtite, quia mater filio inſtitutó data eſt cohæres. Quem enim ſibi facit heredem teſtator in teſtamento, videtur in legitima ſucceſſione ab inteſtato præferre ei, quem vulgariter tantum ſubſtituit.

Secundo objicitur *l. precibus.* 8. *C. de imp. & aliis ſubſt.* ubi cum pater filio impuberi vulgariter ſubſtituerat, & filius adita hereditate ante pubertatem decederet, non admittitur ſubſtitutus ex tacita pupillari, ſed mater. Reſp. Hoc ſpecialiter receptum eſt in teſtamento militis, a quo facta ſubſtitutio valet tantum in caſum expreſſum, neque in ejus teſtamento vulgari ſubſtitutioni expreſſæ tacita pupillaris ineſt. Ratio eſt, quia una ſubſtitutionis ſpecies ſub altera comprehendatur, hoc magis accidit ex interpretatione juris, quam ex voluntate defuncti. Militum autem teſtamenta ex voluntate eorum metimur, & quod non cogitarunt, id non ſupplere debemus. *Vigl. ad tit. de pup. ſubſt. in princ. num.* 17. ubi hanc opinionem contra communem veriorem ſtatuit, quod per tacitam pupillarem comprehenſam in vulgari excludatur mater. *Goveaan. ad princ. tit. de vulg. & pup. ſubſt. num.* 30. *Conn. lib.* 10. *comm. c. ult. num.* 13. *Donel. ad l. precibus.* 8. *C. de imp. & aliis ſubſt. num.* 5.

Diſſentit *Fachin. lib.* 4. *controv. jur. c.* 40. & 42. ubi tradit, quod pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur, non habeat locum matre exiſtente in medio.

Tertio non obſt. *l. Lucius.* 45. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* quia ibi ideo vulgaris ſubſtitutio in caſum pupillarem non valet, ad hoc ut excludatur mater, quia fit imparibus perſonis. Quoties enim pater reciproce duobus filiis diſparis ætatis ſubſtituit, ut ſi unus ſit pubes, alter impubes, tunc ea ſubſtitutio vulgarem tantum continet, quæ in utriuſque perſona locum habere poteſt, non pupillarem. *d. l.* 4. §. *ſed ſi alter.* 2. Ideoque mater excludit ſubſtitutum, ſi pupillus patri heres extitit, & impubes mortuus ſit. Vide *Anton. Fabr. in error. pragmat. decade* 33. *error.* 8. Poſtremo ſciendum, quod pupillaris ſubſtitutio excludit matrem a legitima, caſu pupillaris ſubſtitutione exiſtente. *d. l. Papinianus.* §. *ſed nec.* textus expreſſus in *c.* 1. *de teſtam in* 6. Sed objicitur, quod qui facit aliquid nomine alterius, non plus poteſt, quam is, cujus nomine facit. *l. minor.* 51. *ff. de procur.* Sed pupillus ſeu filius non poteſt matrem per ſe præterire, aut privare legitima. Ergo nec pater poteſt matri auferre legitimam, qui facit teſtamentum pro filio. Reſp. Licet pater faciat teſtamentum filio, non tamen facit nomine filii, ſed eſt ipſius patris teſtamentum. Ideoque non requiritur illa ſolennitas, quæ in perſona filii exigeretur. *Bart. ad l. Papinianus.* §. *ſed nec. ff. de inoff. teſt.* Vide *Fachin. lib.* 4. *controv. jur. c.* 42. Sic in ſimili caſu, ſi creditor vendat bona pupilli ſibi obligata, non requiritur illa ſolennitas, quæ requireretur ſi ipſe pupillus venderet. *l.* 7. §. 1. *ff. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cura ſunt &c.* Non enim vendidit nomine pupilli, ſed ſuo.

ASSERTIO XXXV.

Mater filiis pupillariter ſubſtituere non poteſt.

Pater tantum liberis pupillariter ſubſtituere poteſt, non vero mater. *l.* 2. in princ. *ff. de vulg. & pup.* princ. *inſt. de pup. ſubſt.* Ubi diciter, quod *liberis, quos in poteſtate quis habet, pupillariter ſubſtituere poteſt.* Itaque cum mater filium non habeat in poteſtate, filio pupillariter ſubſtituere non poteſt. Ille enim eſt præcipuus patriæ poteſtatis effectus, ut pater filio teſtamentum faciat in ea ætate, qua ſibi ipſi teſtamentum facere nequit.

Sed graviter adverſatur *l. ſi mater.* 33. *ff de vulg. ſubſt.* ubi dicitur. *ſi mater filium inſtituat, cum erit annorum* XIV. *eique alium ſubſtituat in pupillaribus tabulis*, quod *valeat ſubſtitutio.* Reſp. Quod ibi dicitur, matrem in pupillaribus tabulis filio ſubſtituiſſe, hoc ſic accipiendum eſt, quod pupillares tabulæ ibi ex dicantur, in quibus mater ſeparatim filio impuberi ſubſtituit vulgari

gari

gari modo. Quod ex eo apparet, quia textus dicit, *ſi ſibi filius impubes heres non erit*, quæ verba vulgarem ſubſtitutionem denotant & referunt. Mater igitur filio impuberi pupillariter ſubſtituere non poteſt, ſed vulgariter recte & utiliter ſubſtituere poteſt.

Sed quæritur, an ſubſtitutio pupillaris facta a matre filio, valeat ſaltem jure fideicommiſſi. Et videtur prima facie dicendum, quod non. Nam ſi id quod agitur, non valet, ut agitur, non etiam debet valere; ut valere poteſt, quia mater fecit actum quem facere non poterat, ut notatur in *l. 1. §. ſi quis ita. 2. ff. de V. O.* Verius tamen eſt contrarium, favore ultimæ voluntatis: & quia non debet imperitia mulieris, neſcientis quid ſit pupillaris aut vulgaris ſubſtitutio, officere veræ & reali intentioni ipſius, arg. *l. in codicillis. §. ult. ff. de leg. 2.* & *l. quoniam indignum. 15. C. de teſtam.* Accedit, quod judex etiam debet ultimam voluntatem, ex poteſtate ſibi a lege conceſſa, ita interpretari, ut non pereat, ſed valeat potius, & ſuſtineatur ultima voluntas. *l. voluntatis. 7. C. de fideicom. l. ult. ff. de manumiſſ. teſt.* fac. in ſimili *l. Scævola. 76. ff. ad SC. Trebell.* ubi ſubſtitutio pupillaris facta impuberi filio in codicillis, ubi fieri non poterat, fideicommiſſi vim obtinet. *Mantica in gloſſar. jur. claſ. 11. c. 21.* & 34.

ASSERTIO XXXVI.

Nemo ejuſdem hereditatis partem adire, partem repudiare poteſt.

QUi ſolus heres inſtitutus eſt, vel ſimpliciter, vel ex pluribus partibus ſeparatim, hereditatem partim adire, partim repudiare non poteſt. *l. 1.* & *2. ff. de acq. vel omitt. hered.* & qui ita adiit, in totum heres non erit, nec etiam hereditate excludetur, quia in totum nihil egit. *l. ex ſemiſſe. 75. ff. de acq. vel omitt. hered.* Ratio eſt, quia nulla eſt aditio aut repudiatio hereditatis, ſi quis adeat aut repudiet hereditatem, ſecus quam leges jubent. At leges jubent, hereditatem quatenus delata eſt, aut in totum adiri, aut in totum repudiari, ne teſtator pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedat. *l. quidam elogio. 20. C. de jur. delib. d. l. ex ſemiſſe.* ubi traditur, eum qui minorem partem hereditatis, quam ex qua inſtitutus eſt, per errorem adiit, non videri adiiſſe, ac in totum nihil egiſſe cenſeri.

Objicitur *l. ſi ex aſſe. 10. ff. de acq. vel omitt. hered.* ubi dicitur, quod ſi heres ex aſſe ſcriptus pro parte adeat hereditatem, ex aſſe heredem fore. Reſp. Ibi heres ſimpliciter adiit partem hereditatis, non expreſſo eo, quod cæteras partes repudiaret. Qui ita ſimpliciter hereditatem adit, & partem voluiſſe adire cenſetur, & per conſequentiam cæteras partes. Itaque ex aſſe & in ſolidum heres

erit. *l. ſi ſolus.* 80. *ff. de acq. vel omitt. her.* Diverſum eſt, in eo, qui dicit ſe partem hereditatis adire, & partem repudiare, nam hic contra formam juris adiit, ideoque nihil agit.

Ex *d. l.* 1. & 2. infertur inſignis illa deciſio, quod filius qui a patre inſtitutus eſt ex majori parte, quam ſit legitima, non poteſt retenta legitimâ, repudiare hereditatem paternam. Ratio eſt, quia hereditas in totum adiri vel repudiari debet. Cum autem jure noviſſimo authenticorum legitima relinqui debeat filiis titulo inſtitutionis. §. *aubac aliud. nov.* 115. ſequitur, ſi repudient inſtitutionem, quod etiam repudiant legitimam, quia hereditas ſcindi non poteſt. *Caſtrenſ. ad d. l.* 1. Et hæc eſt communis DD. ſententia, quod filius non poteſt retenta legitima portione repudiare hereditatem paternam, excepto vulgo unico caſu, quando videlicet filius habet ſubſtitutum heredem, & eſt gravatus multis legatis, tunc enim poteſt retinere legitimam jure naturæ ſibi debitam, omiſſa reliqua hereditate paterna, per *l. ſi libertus patrono.* 41. *ff. de bon libert.* Ita decidit *Bart. in l. gerit. ff. de acq. vel omitt. her. num.* 22. & 23. Diſſentire videtur in hac limitatione *Fachin. lib. 6. contr. jur. c.* 57. De hac quæſtione, an filius heres inſtitutus, legitimam accipere & reliquam hereditatem repudire poſſit, vide *Fachin. lib. 4. controv. jur. cap.* 65. ubi pro negativa parte concludit, & contraria argumenta diſſolvit.

ASSERTIO XXXVII.

Hereditas non poteſt acquiri per procuratorem.

AN per procuratorem acquiri poſſit hereditas, inter JCtos diſputatur. *Duaren. lib. 2. ann. diſput. c.* 27. notat poſſe: quia jure prohibitum non ſit, & in *l. per procuratorem.* 90. *ff. de acq. vel omitt. hered.* curatorem legit. Cui adſtipulatur *Coſtal. ad l.* 1. *ff. de off. proc. Caſ.* & noviſſime *Fachin. lib. 6. controv. jur. c.* 96.

Contrarium *Hotom. in illuſt. quaſt. q.* 32. & *Cujac. lib.* 1. *obſ. c.* 34. ſtatuunt: quorum ſententia verior eſt. Probatur hæc aſſertio tali regula, quod nominatim legibus cautum eſt, per procuratorem nihil nobis acquiri poſſe excepta ſola poſſeſſione, & per hanc domino *l.* 1. *C per quas perſ. nob. acquir.* §. *ex his.* 5. *inſt. eod.* Secundo hæc ſententia hoc evidenti argumento confirmatur, quod ſingulari privilegio conceſſum ſit Imperatori, quod per procuratoris ſui aditionem poſſit acquirere hereditatem. Si ergo ex ſpeciali prærogativa datum eſt hoc jus procuratori, ſive rationali Cæſaris, ſequitur quod in procuratore privati diverſum jus obtineat, nimirum quod procuratores privatorum, adeundo hereditatem ex mandato domini nihil agant. *l.* 1. §. *ult. ff. de offic. procur. Cæſar.* ubi dicitur, quod proprium hoc habet procurator Cæſaris, quod nomine

Cæſaris

Cæſaris hæreditatem acquirere poſſit. Tertio addi poteſt & hæc ratio, quod aditio hereditatis conſiſtat in ſola voluntate heredis. Ideoque ſtatim atque mandat heres procuratori ut adeat, eo ipſo adiiſſe cenſetur. arg. *l. ſi ego. 26. ff. de acq. vel omitt. her.* ubi pater pro parte heres inſtitutus, jubendo filium ſimul inſtitutum pro parte ſua adire, ſtatim fit heres ex aſſe, & quidem antequam filius adierit. Sic etiam ſi dominus mandet procuratori, ut adeat hereditatem, ſtatim ipſo mandato fiet heres, priuſquam procurator adeat.

Objicitur, quod bonorum poſſeſſio per procuratorem ad hoc ſpecialiter a domino conſtitutum acquiratur, ergo & hereditas. *l. ſi maritus. 5. C. mandat. l. 3. §. acquirere. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* Reſp. Diverſum jus obtinet in bonorum poſſeſſione, quam in hereditate hoc in caſu. Cujus ea eſt ratio, quod illa magis ad corporalem acquiſitionem poſſeſſionis accedat, quam hereditas, quia prætor heredem non facit. *§. quos autem. inſt. de bon. poſſ.* Ea vero quæ naturaliter acquiruntur, ſicuti eſt poſſeſſio, per procuratorem nobis acquiruntur. *l. 1. C. per quas perſ. nob. acquir.* At econtra, quæ civiliter acquiruntur, uti eſt hereditas, ſtipulatio, per procuratorem nobis non recte acquiruntur. *l. ea quæ. 53. ff. de acq. rer. dom.* Pulchre *Contius lib. 2. ſucceſſiv. lect. c. 17.* Cui adſtipulatur *Cujacius d. lib. 2. obſerv. c. 34.* Poſtremo notandum quod licet hereditas adiri non poſſit per procuratorem, tamen reſtitutio hereditatis ex SC. Trebelliano fieri poteſt per procuratorem. *l. qui ita. 66. §. 1. ff. ad SC. Trebel.* Cujus rei redditur hæc ratio a DD. quod hæreditatis reſtitutio non eſt actus legitimus, ſicut hereditatis aditio. Qui actus legitimi per procuratorem expediri non poſſunt. arg. *l. nemo alieno. 123. ff. de R. J.* Hi enim actus legitimi ſicut diem & conditionem non recipiunt. *l. actus legetimi. 77. ff. de R. J.* ita neque circuitum atque dilationem admittunt, ac proinde nec per procuratorem hereditatis aditio fieri poteſt, quia in mandato adeundi hereditatem tacite ineſt dilatio, ſi procurator declaraverit voluntatem ſuam, atqui hereditas ſub conditione adiri non poteſt. *l. eum qui. 51. §. ult. ff. de acq. vel omitt. hered.* Ita eleganter tradit *Edualdus Caldera lib. 2. var. lect. c. 1.*

ASSERTIO XXXVIII.

Heres ſub conditione inſtitutus, pendente conditione non poteſt adire vel repudiare hereditatem.

Hereditas adiri vel repudiari non poteſt, niſi ſit delata. *l. delata hereditas. 151. ff. de V. S. l. 1. §. decretalis. 7. ff. de ſucceſſorio edicto.* Defertur autem hereditas ex teſtamento ſtatim a morte teſtatoris, ſi heres pure ſit inſtitutus: Sin autem ſub conditione ſcriptus ſit, non prius defertur, quam conditio extiterit. Ergo

ante eventum conditionis non poteſt hereditas adiri vel repudiari, quia pendente conditione nihil poteſt heres de hereditate ſtatuere. *l. is qui heres.* 13. *ff. de acq. vel omitt. hered.* Sic legatum conditionale pendente conditione agnoſci non poteſt, nec per conſequens repudiari. *l. ſi ita.* 45. §. 1. *ff. de leg.* 2.

Seb obſtat *l.* 1. *ff. de curat. bon. dand.* & *l. in plurium.* 70. *ff. de acq. vel omitt. hered.* quæ manifeſte exprimere videntur ante diem conditionis exiſtentem poſſe hereditatem repudiari. Itaque hac objectione Accurſ. territus, & omnes eum ſecuti, fatentur ante conditionem exiſtentem poſſe repudiari hereditatem in jure & coram judice, non extra jus. Verum reſpondendum eſt, leges objectas non hoc dicere, repudiari poſſe hereditatem ante exiſtentem conditionem; ſed hoc tantum ſtatuere, quod ea teſtatio heredis, qua pendente conditione dicit ſe nolle hereditatem adire, prodeſt creditoribus ad hoc, ut ſtatim ipſis vel curatori bonorum poſſeſſio & adminiſtratio bonorum committatur, ne bona diſpereant; cum alias niſi heres hoc conteſtaretur, dies a prætore conſtitui ſolet heredi, intra quem niſi adeat, creditoribus permittitur poſſeſſio bonorum. *d. l.* 1. *l. ſi quis.* 22. *ff. de hered. inſt.* Itaque non recte inde colligitur, repudiatam eſſe hereditatem, quod dixerit heres ſe non aditurum: ſed hoc agit ea teſtatio heredis tantum, ut bona hereditaria tantiſper creditoribus, vel curatori bonorum committantur, ne pereant vel corrumpantur. Nam idem fieri jubetur, & cum venter in poſſeſſione eſt, & pupillus heres ſcriptus tutorem non habet. *d. l.* 1. *ff. de curat. bon. dand.* Quo tamen caſu dici non poteſt, vel ventrem repudiaſſe hereditatem vel pupillum.

Secundo objicitur *l.* 1. *C. de pact.* ubi fideicommiſſum conditionale pendente conditione recte dicitur conventione remitti. ergo & repudiari poteſt. Reſp. Plus eſt paciſci ſe non accepturum legatum ſeu fideicommiſſum, quam illud repudiare, quia pactum duorum conſenſu firmatur, at renuntiatio ſeu repudiatio hereditatis vel legati, unius tantum conſenſum habet. *Gl.* & *DD. in d. l.* 1. Itaque paciſci quidem poſſumus de jure nondum delato. *l. pactum.* 46. *ff. de pact. l. penult. C. eod.* ſed fruſtra jus nondum delatum repudiamus. Ideoque repudiatione iſta non obſtante, ſi poſtea illud nobis defertur, poſſumus petere & conſequi. *l. ſi ita ſit ſcriptum.* 45. §. 1. *ff. de leg.* 2.

Tertio objicitur *l. ſi ſub conditione.* 5. & *l. ſeq.* cum *l.* 2. §. *ſi ſub conditione.* 1. *ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* ubi dicitur, pendente conditione poſſe heredem ſcriptum petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Reſp. Illa bonorum poſſeſſio eſt ſine re, id eſt, caret commodo bonorum, & eſt imaginaria tantum. *l. filiis.* 25. *C. de inoff. teſtam.* At bonorum poſſeſſio cum re non poteſt peti ante exiſtentem conditionem. *d. l.* 2. §. *ſi quis ita.* Bonorum autem poſſeſſio ſine re ideo datur heredi ſcripto ſub conditione, ante exi-

ſten-

ſtentem conditionem; ne alius forte qui poteſt jure civili evincere hereditatem ab inteſtato, eam invadat, præſertim ſi heres ſcriptus ſinat tempora petendæ bonorum poſſeſſionis præterlabi. De hac bonorum poſſeſſione cum re & ſine re tractat *Ulpian. in fragm. tit.* 24. 26. & 28. Concluditur ergo, quod repudiari hereditas pendente conditione non poſſit; & talis repudiatio non impedit, quo minus poſtea purificata conditione acquiri poſſit hereditas ab eo qui repudiavit. *d. l. is qui heres. l. homine legato.* 18. *ff. de opt. vel elect. leg. Decius ad l. qui poteſt.* 143. *ff. de R. J.*

ASSERTIO XXXIX.

Heres qui ignorat conditionem, ſub qua inſtitutus eſt, extitiſſe, non poteſt adire hereditatem.

UT recte heres adeat hereditatem, ſcire debet hereditatem ſibi delatam eſſe. Itaque ſi ignoret, utrum pure an ſub conditione inſtitutus ſit, hereditatem adire non poteſt. *l. is qui heres.* 13. *ff. de acq. vel omitt. her.* Præterea qui ignorat conditionem inſtitutioni inſertam extitiſſe, aut impletam eſſe, adire non poteſt. *l. heres.* 32. *ff. de acq. vel omitt. her.* Itaque ſi fato quodam & forte fortuna heres paruerit conditioni, ſub qua inſtitutus eſt, non poteſt adire hereditatem: debet enim certa ſcientia & deliberatione implere conditionem, hoc animo, quod velit conditioni parendo heres effici. *l.* 2. & *l. multum.* 21. *ff. de cond. & dem.*

Sed objicitur *l. ſi quis extraneus.* 21. §. *fin. ff. de acq. vel omitt. hered.* ubi dicitur, heredem ignorantem conditionem extitiſſe, poſſe adire hereditatem. Reſp. Hoc non generaliter & indiſtincte accipiendum eſt, ſed eo tantum caſu, quando quis eſt ex parte pure, & ex parte ſub conditione inſtitutus. Nam illi adeunti partem, ex qua pure ſcriptus eſt, altera pars invito accreſcit, ergo multo magis ignoranti. Itaque poterit hic adire hereditatem, licet ignoret alterius partis conditionem extitiſſe. Ita dictus §. finalis *l. ſi quis extraneus.* qui ambiguam continet ſententiam, expiicandus eſt. ex *l. ſi quis heres.* 35. in princ. *ff. de acq. vel omitt. hered.* ubi ille intellectus diſerte comprobatur. *Accurſ.* & *Donel. ad d. l. ſi quis.* 21.

Secundo adverſatur *l. ſed & ſi de ſua.* 34. §. 1. *ff. de acq. vel omitt. hered.* ubi diciditur, quod heres qui pure ſcriptus, ſub conditione ſe inſtitutum putat, & paruit conditioni, hereditatem acquirere poteſt. Reſp. Ideo ille error non obeſt heredi in acquirenda hereditate, quia error ſive opinio heredis cum veritate concurrit. Nam revera potuit adire, eo quod pure erat ſcriptus, & potuit opinione ſua, quia impleta conditione perinde habetur, ac ſi pura eſſet inſtitutio. *l ſi pupillus.* 26. *ff. de cond. inſtit.*

ASSER-

Assertio XL.

Qui metu coactus adit hereditatem, non ſit heres.

QUi metu verberum, vel alio juſto timore coactus, hereditatem adit, nihil agit. Ratio eſt, quia in aditione hereditatis requiritur libera & ſpontanea voluntas: ergo coactio hoc caſu nihil operatur. textus eſt in *l.* 6. §. *Celſus*. 7. *ff. de adquir. vel omitt. hered.*

Objicitur *l. ſi mulier.* 21. §. *penult. ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* & *l. ſi metus.* 85. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* ubi dicitur, quod qui metu coactus adiit hereditatem, ipſo jure fiat heres, ſed beneficio reſtitutionis in integrum ei ſuccurratur. Reſp. Quando quis ſimpliciter metu coactus adit hereditatem, ipſo jure ſubſiſtit aditio, quia coacta voluntas etiam voluntas eſt, ſed reſtitutio in integrum datur ex edicto, *quod metus cauſa. d. l. ſi mulier.* Aliud dicendum eſt in eo, qui metu coactus fallens adiit hereditatem, id eſt, aliud agens, aliud ſimulans: hic ipſo jure civili non fit heres. Unde beneficio quoque prætoris, id eſt, reſtitutione in integrum non eget. Fallens ergo dicitur adire, qui ſeorſim coram amicis poteſtatus eſt, voluntatem ſuam omnino contrariam eſſe aditioni, licet ſimulaverit metu ſe velle adire. Proteſtatio enim declarat animum proteſtantis, in iis quæ pendent a mera alicujus voluntate. *l. Neſennius.* 34. *ff. de neg. geſt. Bart. in d.* §. *Celſus. num.* 1. & 2. Hic itaque, qui fallens ſive per ſimulationem coactus adiit hereditatem, ipſo jure heres non erit, quia abeſt ei animus acquirendæ hereditatis, atque ideo in integrum reſtitutio ei non eſt neceſſaria. *Pet. Fab. ad l.* 4. *ff. de R. J.*

Secundo adverſatur *l. ſi patre.* 22. *ff. de rit. nupt.* ubi dicitur, quod ſi filius cogente patre ducit uxorem, quam non duxiſſet, ſi fuiſſet ſui arbitrii, quod hoc matrimonium conſiſtat. Itaque etiam ea quæ a libera & integra voluntate proficiſci debent, uti eſt hereditatis aditio, matrimonii contrahendi facultas, valent, ſi per coactionem & metum gerantur. Reſp. ſub diſtinctione. Aut filius propter reverentiam paternam conſenſit nuptiis puellæ a patre ſuo nomine contractis, quam alias ſi ſui juris fuiſſet, non eſſet ducturus, hoc matrimonium propter reverentialem metum non reſcinditur. Ita intelligenda eſt *d. l. ſi patre.* 22. Aut intervenit juſtus metus facti, ut ſi pater filium minis, carcere, aut verberibus coëgit ad ducendam uxorem, & tunc non valet hujuſmodi matrimonium. ſed tanquam metu contractum reſcindendum eſt. *d. l. ſi mulier.* §. *ſi dos.* 3. *c. cum locum. extr. de ſponſ. Sneidew. ad tit. de nupt. part.* 2. *num.* 28. *Duaren. ad tit. de nupt. c.* 2.

ASSERTIO XLI.

Juſſus patris in adeunda hereditate præcedere debet, ſed auctoritas tutoris interponitur perfecto negotio.

IN hoc differt interpoſitio auctoritatis tutoris in negotiis pupilli, a juſſu patris in adeunda hereditate, quod tutoris auctoritas interponitur perfecto negotio, juſſus autem patris in adeunda hereditate præcedere debet. Item juſſus patris poteſt fieri per epiſtolam vel nuntium, auctoritatis interpoſitio non item. *l. ſi quis mihi.* 25. §. *juſſum.* 4. *ff. de adquir. vel omitt. hered.*

Sed videtur obſtare *l. obligari.* 9. §. *penult. ff. de auct. & conſenſ. tut. & curat.* & §. *penult. inſt. eod.* ubi dicitur, auctoritatem tutoris ſtatim in ipſo negotio, non autem poſt tempus interponi debere. Sed ſi interponitur perfecto negotio, ut traditur in *d.* §. *juſſum.* poſt tempus interponitur, & poſt ipſum perfectum negotium. Reſp. Quod dicitur auctoritatem tutoris interponi perfecto negotio, id intelligitur incontinenti poſt perfectum negotium. Ratio eſt, quia quod parum diſtat, nihil diſtare videtur, & quæ incontinenti fiunt, actui ineſſe cenſentur. *l. lecta.* 40. *ff. de reb. cred.* & ibi DD. Poſt tempus vero, id eſt poſt aliquod intervallum, & poſtquam diſceſſum fuit ad alia negotia, non recte interponitur tutoris auctoritas. Hanc interpretationem comprobat *l. nunquam.* 31. *ff. de uſucap.* ubi dicitur, tutorem non recte interponere auctoritatem in contractibus pupilli poſt longum tempus venditionis peractum. Approbat *Bart. in d.* §. *juſſum. num.* 3.

Secundo opponitur *l. ſi per epiſtolam.* 50. *ff. de acq. vel omitt. hered.* ubi dicitur, quod tutor ſervo pupilli per epiſtolam jubere poteſt, ut adeat hereditatem, quæ tamen aditio tum demum rata erit, ſi prius ſervus adeat, quam tutor moriatur. Quod pugnat cum *d. l. obligari.* §. *penult. ff. de auct. & conſenſ. tutor. & curat.* ubi dicitur. quod tutor per epiſtolam auctoritatem interponere non poteſt, ſed præſens negotio adeſſe debet. Reſp. cum *Accurſ. in d. l.* 50. quod hoc procedat, quando tutor auctoritatem præbet pupillo in contractibus, tunc enim neceſſario debet interponi auctoritas a tutore præſente in ipſo negotio ſeu contractu, ut præſens ſciat quid agatur. Aliud obtinet in quaſi contractibus, ut in aditione hereditatis, ubi tutor per epiſtolam jubere poteſt ſervo pupilli, ut hereditatem adeat. Nam ante aditionem tutor certus eſſe poteſt de viribus & conditione hereditatis.

Tertio adverſatur, quod conſenſus qui ad confirmationem actus requiritur, ex intervallo per ratihabitionem interponi poteſt. *l. ult. C. ad SC. Maced. c. ratihabitionem. de R. J. in* 6. Ergo & tutoris auctoritas ex intervallo in contractu pupilli adhiberi poteſt.

teſt. Reſp. Auctoritas tutoris pro ſolennitate actus adhibetur, & ad integrandam pupilli perſonam requiritur. *l. quacunque.* 13. §. *ult. ff. de Publ. in rem act. l.* 3. *C. de in int. reſt.* Igitur auctoritas tutoris tanquam pars ſolennitatis ab ipſo actu dividi non poteſt, quia ſolennia ab ipſo actu ſeparari non poſſunt. *l. cum antiquitas.* 28. *C. de teſtam. l. heredes palam.* 21. §. *fin. ff. eod. l.* 1. §. 1. *l. continuus.* 137. *ff. de V.O.* Conſenſus autem non ad integrandam perſonam contrahentis, ſed ad confirmationem actus requiritur, ideoque etiam ex intervallo rem geſtam ſequi poteſt. *l. ſemper.* 60. *ff. de R. J.* Sicut & auctoritatis ipſa, quando ad commodum ejus qui confirmat, tantum requiritur, ex intervallo interponi poteſt. *l.* 1. §. *ſed ſi filiusfam.* 1. *ff. de leg.* 3.

ASSERTIO XLII.

Quamdiu poteſt ex teſtamento adiri hereditas, ab inteſtato non defertur.

TRaditur hæc generalis regula in *l. quamdiu.* 39. *ff. de adquir. vel omitt. hered.* & *l. quamdiu.* 89. *ff. de R. J.* quod ſcilicet quamdiu adiri ex teſtamento poteſt hereditas, ſucceſſioni ab inteſtato non eſt locus. Ratio eſt, quia potior eſt cauſa hereditatis, quæ defertur ex voluntate teſtatoris, quam quæ defertur ex diſpoſitione legis, quia lex etiam nominatim ita ſe deferre hereditates ſignificat, ſi teſtatus non fuerit. Et vulgo dicitur, quod proviſio hominis tollit proviſionem legis, ultimaque voluntas teſtatoris pro lege ſervanda eſt. §. *diſponat. nov.* 22. *de nupt.*

Objicitur *l. ſi quis ita.* 82. *ff. de hered. inſt.* ubi præfertur ſucceſſio ab inteſtato ſucceſſioni ex teſtamento. Reſp. Ibi teſtator id expreſſe voluit, quia inſtituit heredes ſub ea conditione, *ſi legitimi heredes hereditatem vindicare nolint*, tunc priore loco legitimi hereditatem vindicabunt. Cum enim lex ſtatuerit in gratiam teſtatoris, potiorem eſſe ejus voluntatem diſpoſitione legis, poterit huic favori teſtator renuntiare.

Secundo obſtat huic regulæ alia regula, qua dicitur, Quamdiu poteſt peti contra tabulas bonorum poſſeſſio, non debet dari ſecundum tabulas. *l. æquiſſimum.* 2. *ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* At per bonorum poſſeſſionem contra tabulas defunctus fit inteſtatus, per ſecundum tabulas teſtatus. *l. ut liberis.* 17. *C. de collat.* Ergo hoc caſu prior eſt cauſa inteſtati, quam teſtati. Ad evitandam hanc objectionem ſic accipe verba regulæ, ex teſtamento ſcilicet juſto & efficaci, tam jure civili, quam prætorio, quia ſi jure prætorio eſt injuſtum, veluti ſi in eo filius emancipatus eſt præteritus, perinde eſt, quod ad illud jus attinet, ac ſi omnino inteſtatus deceſſiſſet.

ASSERTIO XLIII.

Tutor etiam qui non gerit tutelam, pupillo hereditatem adeunti auctor eſſe poteſt.

PUpillus heres inſtitutus, ſi plures habet tutores, quorum quidam tutelam gerunt, quidam non, eo etiam auctore, qui tutelam non gerit, recte hereditatem adire poteſt. *l. pupillum.* 49. *ff. de acq. vel omitt. hered.*

Contraria eſt *l.* 4. *ff. de auct. & conſenſ. tutor. & curat.* ubi dicitur, quod ſi tutor qui tutelam non gerit, auctoritatem præbeat in contractibus pupilli, ratum id haberi non debet. Reſpondendum ſub diſtinctione tradita ab Azone in *d. l. pupillum.* Aut tutor voluntate ſua non gerit tutelam, utputa ſi tutor contutori ſuo adminiſtrationem totam ultro ceſſit & commiſit, & cum hujus honorarii tutoris auctoritate, qui nihil gerit, pupillus nihilominus hereditatem adire poteſt. arg. *l. quod ſi forte.* 14. §. 1. *ff. de ſolut.* Aut tutor invitus ab adminiſtratione tutelæ a patre vel prætore remotus eſt; tunc ſi eo tutore pupillus hereditatem adeat, ratum non habetur. *l.* 3. §. *ſi parens.* 1. *ff. de adm. & peric. tutor. & curat. &c.* Aliam ſolutionem vide apud *Cujac. tractat.* 4. *ad African. ad d. l. pupillum.* 49. *ff. de acq. vel omitt. hered.*

ASSERTIO XLIV.

Cujus pater eſt furioſus, is ſine juſſu ejus hereditatem adire poteſt.

TRaditur in *l. cum heres.* 52. *ff. de adquir. vel omitt. hered.* quod filius patris furioſi poteſt adire hereditatem ſine ejus juſſu. Ratio eſt, quia fruſtra expectatur patris juſſus in adeunda hereditate, cujus conſenſus nihil operatur, cum jubere non poſſit.

Quæritur autem, an hæc hereditas, quam filius adiit per ſe, acquiratur patri furioſo, an vero filio adeunti? Et dicendum eſt filio adquiri. Idque oſtendunt verba hæc in *d. l. cum heres.* Primo quod dicit, quod perinde habendum eſt, ac ſi paterfam. adiiſſet. Sed ſi paterfam. adiiſſet, ſibi acquireret. Secundo quod dicitur, ei permitti ſervos hereditarios manumittere. dominus eſt ſervorum, ſi manumittit.

Opponitur *l. furioſus.* 63. *ff. de adq. vel omitt. hered.* ubi ſcriptum eſt, furioſum poſſe adquirere hereditatem, per ſervum, vel eum quem habet in poteſtate, intellige filium. Reſp. *Bart. ad d. l. furioſus.* quod pater furioſus tunc acquirit hereditatem, quando filius juſſu & auctoritate curatoris adit. Si vero filius ſua ſpon-

ſponte adiit, ſine juſſu curatoris, ſibi acquirit, non patri. *l. ult. C. de curat. furioſ.*

ASSERTIO XLV.

Heres implendo conditionem poteſtativam, ſub qua inſtitutus eſt, hereditatem ſtatim adire cenſetur.

PRobat & confirmat hanc theſin *l. jam dubitari.* 86. §. 1. *ff. de hered. inſt.* Sed huic ſententiæ objicitur *l.* 1. §. 1. *ff. de cond. cauſ. dat. cauſ. non ſecut. l. ſi pupillus.* 26. & *l. ei qui ita.* 13. *ff. de cond. inſt.* ubi dicitur, quod qui implet conditionem, non cenſetur adire hereditatem. Hoc enim tantum facit implementum conditionis, ut inſtitutio pro pura habeatur, quæ prius erat conditionalis. Itaque is qui implet conditionem, hoc ipſo non efficitur heres, niſi poſtea ſe gerat pro herede. *d. l. ei qui ita.* Reſp. cum *Accurſ.* & *Bart. in d. l.* 86. §. 1. ſub diſtinctione. Aut heres implet conditionem eo animo, ut ſit heres, utputa, ſi dicat ſe ea mente parere conditioni, quod velit eſſe heres, & tunc implendo conditionem ſtatim fit heres. Aut eo animo implet conditionem, ut puram tantum reddat inſtitutionem, ac deinde de adeunda hereditate deliberet & cernat, & tunc impleta conditione, liberum ei eſt vel adire, vel repudiare hereditatem. *l. Antiſtius.* 62. *ff. de acq. vel omitt. hered.*

ASSERTIO XLVI.

Cujus rei legatario non eſt commercium, ei inutiliter ea res legatur.

LEgari res non poſſunt, quæ ſunt extra commercium hominum, hoc eſt, quarum poſſeſſionem vel dominium nemo acquirere poteſt. *Ulp. in fragm. tit. de domin.* In hoc autem articulo ita diſtinguendum. Aut heres, vel is a quo relinquitur legatum, non habet rei commercium, ſed legatarius habet, & tunc valet nihilominus legatum. *l. mortuo.* 49. §. *Labeo.* 2. *ff. de leg.* 2. Aut legatario non eſt rei commercium, & tunc nullius momenti eſt legatum adeo ut ne quidem æſtimatio debeatur. *l. cum ſervus.* 39. *d. ult. ff. de legat.* 1. Exempli gratia. Chriſtiani ſervi eſt commercium, Judæus tamen ejus commercium non habet. Ergo legatario ſi ſit Judæus, inutiliter talis ſervus legatur. *l. unic. C. ne Chriſt. manc. heret. vel. Judeus vel. pagan. hab. &c.*

Objicitur *l. ſed ſi res.* 40. *ff. de leg.* 1. ubi dicitur, quod *ſi res, cujus commercium non habet legatarius*, ab eo *per fideicommiſſum relinquatur ei, cui jus non eſt poſſidendi, æſtimationem deberi.* Sed ea lex emendanda eſt, & poſterior negatio diſpungenda, ut hic ſit ſenſus:

Si

Si legetur alicui res, cujus commercium non habet, & rogetur reſtituere ei, qui ejus commercium habet, valere fideicommiſſum ex *l. multum,* 34. *ff. de verb. obl.* ubi dicitur, quando is cui acquiri debet, capax eſt relicti, valere legatum, licet promiſſor ſeu debitor non ſit capax: alias niſi ita prædicta lex legatur, impoſſibilis erit ejus conciliatio. Ita notat *Cujac. ad d. l. multum.*

Secundo objicitur *l. filiusfam.* 114. §. *ſi quid alicui.* 5. *ff. de leg.* 1. ubi dicitur, ſi alicui res legetur, quam capere non poteſt, tamen debetur æſtimatio. Reſp. ſub diſtinctione. Aut legatarius eſt incapax legati propter delictum ſuum, ut puta ſi tutor pupillam ſuam duxit in uxorem, & hic nihil ex teſtamento ejus capere poteſt. *l. ult. ff. de leg.* 1. Ideoque inutile eſt legatum, quod tutor ex teſtamento ejus accepit, nec debetur æſtimatio. Aut legatarius extrinſecus propter corporis vitium, aut legati qualitatem non eſt capax legati, & eo caſu debetur æſtimatio. Veluti ſi claudo aut loripedi curſoris, vel muto legetur cantoris officium. Ita diſtinguit *Gl. ad* §. *non ſolum. inſt. de legat.* quæ communiter ab omnibus eſt approbata.

Objicitur poſtremo *l. fideicommiſſa.* 11. §. *ſi ſervo.* 16. *ff. de leg.* 3. ubi ſervo incapaci relicta eſt militia, & tamen debetur æſtimatio. Reſp. Ideo debetur æſtimatio, ſi ſciens ſervo eam legavit, quia in legato militiæ, hoc eſt, quando reditus officiorum annui in ſcholis alicui armatam vel inermem militiam exercenti legantur, æſtimatio ineſt: & tale legatum magis in quantitate, cujus ſervus non eſt incapax, quam in corpore conſiſtit. *d. l. mortuo.* §. 1. *l. Titia.* 87. *ff. de leg.* 1. *Cujac. ad d. l. multum.*

Ex hac deciſione eleganter infertur, quod ſi a vaſallo feudum alicui extraneo teſtamento relictum eſt, non valere legatum, adeo ut ne quidem æſtimatio debeatur. Ratio eſt, quia cum feudum extra familiam alienari non poſſit, & extraneus ejus poſſidendi jus non habeat, neque ei per legatum relinqui poteſt. *Curt. in tract. feud. part.* 4. *num.* 126. *Praeſ. in loco a feudo ad emphyt. num.* 16. per generalem regulam traditam in *d. l. cum ſervus.* §. *ult.* tunc nec debetur ejus æſtimatio.

ASSERTIO XLVII.

Quantitas eadem ſæpius legata, pluries debetur volente teſtatore.

INter ſpeciem & quantitatem legatam hæc ſervatur differentia, ut ſi quantitas eadem ſæpius legetur, tunc pluries debeatur. Sed ſi eadem ſpecies ſæpius eidem legetur, tunc ſemel tantum debetur, quia res ſemel mea facta, amplius mea fieri non poteſt. *l. plane.* 34. §. 1. *ff. de leg.* 1. In hoc autem articulo ita latius diſtinguendum.

Aut in uno teſtamento eadem quantitas ſæpius relinquitur, & tunc ſemel tantum debetur, niſi legatarius probaverit defunctum voluiſſe multiplicare legatum. Præſumitur enim, ſi in eadem ſcriptura ſæpius unum legatum ſcribatur, quod teſtator potius illud repetere & inculcare, quam multiplicare voluit. *d. l. plane.* §. 1. ubi ita ſentit *Gl.* & *Bart.* aut teſtator diverſis ſcripturis eandem quantitatem ſæpius legavit, utputa teſtamento & codicillis; tunc præſumitur voluiſſe legatum multiplicare, itaque ſæpius præſtabitur. Exempli gratia, ſi teſtator legavit teſtamento 50. & codicillis 80. præſumitur facta multiplicatio. Ideoque debebuntur centum, niſi contrarium heres probaverit. *l. quingenta.* 12. *ff. de probat.* Quod ſi vero diſpares quantitates ſunt relictæ ſive in eadem ultima voluntate, ſive in diverſis, tunc utrunque legatum præſtabitur. textus notabilis in *l.* 3. §. *cum Titio.* 10. & *l. cum centum.* 9. *ff. de adim. vel transfer. legat. vel fideicommiſſ. Zaſ. ad d. l. plane.* §. 1. *num.* 10.

Obſtat huic doctrinæ *l. Sempronius.* 47. *ff. de leg.* 2. ubi teſtator cum unum teſtamentum duabus tabulis ſcripſiſſet, in uno legavit centum, in alio quinquaginta, deciditur, quod tantum quinquaginta debeantur. Reſp. Ibi utraque quantitas deberi non poteſt, quia teſtator non niſi uno teſtamento decedere potuit. Itaque in dubio minor ſumma debetur, niſi legatarius contrariam voluntatem probaverit. *l. ſi ita.* 14. *ff. de leg.* 1. Idque etiam confirmat hæc ratio, quod in dubio potius heres eſt relevandus, quam gravandus, per *l. unum ex familia.* 67. §. *ſi rem tuam.* 8. *ff. de leg.* 2. ubi dicitur, quod teſtator in dubio præſumatur potius voluiſſe relevare heredem, quam onerare & gravare. Fac. *l. Titia.* 38. §. *Seja.* 2. *ff. de aur. & arg. legat.* ubi dicitur, quod in dubio voluntas teſtatoris ita ſit interpretanda, ut de minori ſumma & quantitate ſenſiſſe videatur. Vide late & ſolide de hac quæſtione differentem *Gomez. in var. reſolut. ad tit. de legat. num.* 38. & 53.

Secundo objicitur *l. libertis.* 18. *ff. de alim. vel cibar. legat.* ubi primo teſtator legavit teſtamento menſtruos decem, deinde codicillis menſtruos ſeptem: in hac ſpecie deciditur, quod poſterius legatum tantum debeatur, acſi prior legata quantitas eſſet revocata. Reſp. Ideo in illa lege minor ſumma in poſteriori ultima voluntate relicta debetur, quia in priori legavit certis tantum perſonis ſeu libertis, poſteriori vero legavit generaliter omnibus libertis: hoc enim ſpeciali caſu minor ſumma debetur. Quando enim teſtator priori ſcriptura aliquibus legatum amplius relinquit, & in poſteriori omnibus exiguius relinquit, tunc omnibus minor ſumma debetur, quia a priori voluntate receſſiſſe videtur. *Zaſ. ad d. l. plane.* §. 1. *num.* 23. Vel aptius & melius reſponderi poteſt, quod hoc ſpecialiter procedat in legatis alimentorum, ne ultra modum alimentorum quicquam habeant legatarii. Illud enim ſpeciale eſt in legatis alimentorum, ut non multiplicentur, nec reiterentur.

l. ali-

l. alimenta. 16. §. *baſilica.* 2. *ff. de alim. vel cibar. legat.* Ita notat *Duaren. ad d. l. plane.* §. 1.

ASSERTIO XLVIII.

Legatum in alterius liberam & meram voluntatem conferri non poteſt, ſed in alterius voluntatem, tanquam viri boni arbitrium collatum, valet.

PAulus & Ulpianus in *l.* 1. *ff. de leg.* 2. & *l. ſenatus.* 43. §. *legatum.* 2. *ff. de leg.* 1. in arbitrium alterius conferri legatum, velut conditionem, poſſe ſcribunt. Verum *Modeſtinus in l. nonnumquam.* 52. *ff. de cond. & dem.* in alienam voluntatem conferri non poſſe legatum reſpondet. Hæc JCrum reſponſa ſibi contraria videntur, ut affirmantia & negantia. *Charondas in liberis* πειθανῶν ea ſic conciliat, ut ſi legatum in alterius arbitrium, tanquam quævis conditio conferatur, ipſum valeat, tanquam ſi teſtator boni viri arbitrium intellexiſſet. Verum ſi hujuſmodi ſit legatum, ut teſtatorem alterius voluntatem ita elegiſſe conſtet, ut ex ea legati dationem pendere omnino, non tanquam ex boni viri arbitrio ſenſiſſe videatur, legatum eſt inutile. Sic enim de bonis ſuis teſtatorem diſponere oportet, ut ultima ejus ſententia ex alterius nutu non pendeat, ſed ut ipſe declaret ex ſuo ipſius arbitrio & juſſu, quid poſt mortem ſuam fieri velit. Vera itaque hæc eſt concluſio, quod in meram, liberam & abſolutam voluntatem tertii non recte relinquatur legatum; ſed in arbitrium tertii, vel per verba denotantia arbitrium recte confertur, quia tunc legatum illo arbitrante efficaciter debetur. text. eſt qui ſic debet intelligi in *d. l.* 1. *ff. de leg.* 2. vel eo non arbitrante recurritur ad viri boni arbitrium. *l. penult.* §. *ſed etſi quis.* 1. *C. com. de legat. l. ſi ſic.* 75. *ff. de leg.* 1. *Gomez. tomo* 1. *reſolut. de legat. num.* 47. Similiter in heredis meram & abſolutam voluntatem legatum poni non poteſt, ut ſi teſtator dicat, *lego Titio centum, ſi heres meus voluerit. d. l. ſenatus.* §. *legatum.* Sed ſi legatum conferatur in arbitrium heredis, hoc modo, *ſi æſtimaverit, ſi comprobaverit, ſi juſtum putaverit heres*, legatum valet, & tenetur heres ad ejus præſtationem, quia ſi fuerit juſtum & æquum, debetur, licet heres non arbitretur, vel contrarium decernat: quoniam quaſi viro bono potius ei commiſſum eſt, non in meram ejus voluntatem collatum. *d. l. ſi ſic. l.* 11. §. *quanquam.* 7. *ff. de leg.* 3. *l. fideicommiſſa.* 46. *ff. de fideicommiſſ. libert.* Ita pulchre tradit *Cujac. lib. obſ.* 2. *cap.* 2.

Præterea in hoc tractatu alia adhuc antinomia occurrit: nam *Pomponius in d. l. ſi quis.* 68. *ff. de hered. inſt.* decidit non valere legatum collatum in arbitrium tertii, hoc modo, *ſi Titius voluerit*, valere tamen ſub hac conditione, *ſi Titius Capitolium aſcenderit.*

Diverſum decidit *Ulpian. in l.* 1. *ff. de leg.* 2. ubi videtur aſſerere, utroque caſu legatum recte relinqui, ſive dicat teſtator, *ſi Titius Capitolium aſcenderit*, *an ſi voluerit*. Reſp. Apud *Ulpian. in d. l.* 1. hæc oratio proponitur per interrogationem. Quid intereſt, an mihi legetur, *ſi Titius voluerit*, an vero *ſi Capitolium aſcenderit?* atqui nihil definitur. Certum tamen eſt ex *d. l. ſi quis.* has formulas legati plurimum inter ſe differre. Valet legatum, ſeu inſtitutio heredis, ſub conditione, *ſi Titius Capitolium aſcenderit:* non valet, *ſi Titius voluerit*. Ratio diverſitatis eſt, quia hæc conditio *ſi Titius voluerit*, plane confertur in arbitrium Titii, & ſola hic Titii voluntas quodammodo ſpectatur, nec relinquitur aliquid voluntati teſtatoris. Itaque vitioſa eſt hæc diſpoſitio, quia teſtamentum eſt voluntatis noſtræ, non alienæ de rebus noſtris diſpoſitio. At quando ita legatur, *Cajo do lego*, *ſi Titius Capitolium aſcenderit*, tale legatum valet, quia tunc teſtator certus eſt de ſua voluntate, neque confertur, diſpoſitio plene in Titii arbitrium, ſed hoc principaliter agitur, ut aliquid faciat Titius, quod fortaſſis intereſt teſtatoris ad effectum deduci, & ita non principaliter, ſed in conſequentiam pendet legatum ex voluntate Titii. *Duaren. ad tit. ff. de cond. inſt. Connan. lib.* 1. *comm. c.* 6. Itaque quod in *d. l. ſenatus.* §. 2. traditur in aliena voluntate legatum poni poſſe, hoc accipiendum eſt ita, quod tacite poni poſſit, ut in hac conditione accidit, *ſi Titius Capitolium aſcenderit*, expreſſo vero in alienam voluntatem legatum conferri non poteſt. *Donell. ad l.* 43. *ff. de V. O. num.* 6.

Objicitur etiam huic aſſertioni *l. ſi quis mihi.* 25. §. *ſi coram.* 10. *ff. de acq. vel omitt. her.* ubi valet aditio hereditatis, quæ fit arbitrio Titii. Reſp. In eo loco juſſus eſt filius a patre hereditatem adire coram Titio, quod perinde eſt, acſi Titio ſciente, intelligente & arbitrante adire juſſus ſit, id eſt, illius conſilio & arbitrio, non voluntate: alioqui conferretur hereditatis aditio in alienum arbitrium. Invito igitur Titio poteſt adire, non debet & velle Titius, ſed debet adeſſe, & intelligere quid agatur, & conſulere heredi, ſi opus foret; atque ita videtur heres adeundo paruiſſe voluntati defuncti. *l. coram.* 209. *ff. de V. S.* ubi *Cujacius*.

Poſtremum objicitur *l. fideicommiſſa.* 11. §. *ſic fideicommiſſum.* 5. *ff. de leg.* 3. ubi dicitur, quod valeat legatum ita conceptum: *Titio fundum lego, niſi heres meus noluerit*. Reſp. Ideo illud legatum valet, quia conditionale eſt, & primam voluntatem exigit: hoc eſt, ſi contigerit heredem ſemel voluiſſe, amplius ſententiam mutare non poteſt: quia in perpetuum tractum voluntatis ejus legatum non eſt collatum. Aliud obtinet in conditione, *ſi voluerit*, nam ea futuri temporis tractum perpetuum includit, & mutandæ voluntatis poteſtatem delatam ſignificat. Ideoque tale legatum, cum heredem nullo modo obſtringat, non valet. arg. *l.* *cente-*

centeſimis. 46. §. *ult. ff. de verb. obl. Robert. lib.* 2. *recept. ſent. cap.* 10. & 11. Vide latius de hac quæſtione differentes, *Fachin. lib.* 5. *controv. jur. c.* 58. & 59. *Cujac. lib.* 2. *obſ. c.* 2. *Duaren. ad l. ſenatus.* 43. §. *legatum.* 2. *ff. de leg.* 1. *Sarmientum lib.* 1. *ſelectar. interpretat. c.* 6. & *lib.* 8. *c.* 2. ubi notat inter *d. l.* 1. *ff. de leg.* 2. & *l. ſi quis Sempronium.* 8. *ff. de her. inſt.* apertam eſſe antinomiam, quæ nullo modo conciliari poteſt. Quem ſequitur *Emanuel Acoſta lib.* 1. *ſelect. interpretat. cap.* 21.

ASSERTIO XLIX.

In legato generis eſt electio legatarii, niſi aliud teſtator dixerit.

PRobatur hæc deciſio expreſſo textu in §. *ſi generaliter.* 22. *inſt. de legat.* Adhibetur autem plerunque in hoc articulo hæc diſtinctio. Aut teſtator verba legati direxit ad heredem, hoc modo: *Heres meus damnas eſto dare Sempronio unum ex meis equis, ſervis*, &c. & tunc heredis eſt electio. *l. qui concubinam.* 29. §. 1. in fin. *ff. de leg.* 3. *l. ſi is cui.* 19. *l. ſi ita relictum.* 43. §. *ult. ff. de leg.* 2. ubi legatum fuit hac formula relictum, *Heres dato*: ideoque electio eſt heredis, quia verba eum reſpiciunt. Aut ad legatarium verba directa ſunt, ita dicendo, *Sempronius habeat, capiat unum bovem*: & tunc legatario datur electio. *l. plane.* 34. §. *ult. ff. de leg.* 1. ubi teſtator ita dixit, *Fundum aut uſumfructum ſibi habeto legatarius*, & dicitur legatarii electionem eſſe, quia verba ad eum referuntur. *Sneidew.* & *Weſemb. ad d.* §. *ſi generaliter.* Cum autem verba legati ſunt dubia, electio eſt legatarii, ut ſi dicat teſtator, *do lego. l. Lucio.* 23. *ff. de leg.* 2. Ratio eſt, quia hoc legatum eſt vindicationis, in quo recta via dominium tranſit in legatarium, & qui rem vindicat, certam rem, quam & qualem petat, exprimere tenetur. *l.* 6. *ff. de rei vind. l. hujuſmodi.* 84. §. *ult.* & *l. ſeq. ff. de leg.* 1. Aliud eſt in legato damnationis, in quo heres conſtituitur debitor; & verba referuntur ad heredem: ideoque quia regulariter in obligatione generis eſt electio debitoris; *l. qui ex pluribus.* 106. *ff. de V. O. l. plerunque.* 10. *ff. de jur. dot.* heres unam ex pluribus ſpeciebus eligere poteſt. Præterea ex eo legato oritur tantum actio perſonalis ex teſtamento, non rei vindicatio, & ſic ceſſat hic varietas actionum propter quam competit electio legatario. *l. ſi ſervus.* 108. §. *cum homo.* 2. *ff. de leg.* 1. & ibi pulchre *Cujac. ad Afric.* Hodie vero ex quo jure novo proditum eſt, ut non ſolum actione ex teſtamento in perſonam agatur, ſed etiam in rem ex omnibus generibus legatorum, idque in favorem legatarii ſit conſtitutum. *l.* 1. *C. comm. de legat. d.* §. *cum homo.* merito tribuenda eſt electio legatario in legato generis: ſi modo ejus generis res teſtator

in patrimonio habuerit. *l.* 2. *ff. de opt. leg. Baro in manual. ad tit. de legat. Duaren. ad d. l. legato.*

Objicitur *l. legato.* 37. §. 1. & *l. ſi quis a filio.* 32. §. 1. *l. cum ſervus.* 39. §. *Sejo. ff. de leg.* 1. ubi dicitur, quod ſi quis plures ſervos vel fundos ejuſdem nominis habens, legavit unum fundum vel ſervum, nec appareat de quo ſenſerit, electionem eſſe heredis. Reſp. Ibi teſtatorem de certa re ſeu ſpecie ſenſiſſe probabiliter colligi poteſt, quo caſu heredi competit electio. Cum enim conſtet teſtatorem certam rem animo agitaſſe, ſimul quoque certum eſt, nullam eum electionem legatario tribuiſſe, neque omnes res legato ſubjicere voluiſſe. Ideoque cum ob defectum probationis ejus quod actum eſt, inutilis diſpoſitio reddi videatur. *l. duo ſunt Titii.* 30. *ff. de teſt. tutel.* tamen quia certum eſt, teſtatorem unam rem dare voluiſſe, ejus voluntatis conſervandæ gratia in legatarii favorem, id legatum valere interpretamur: ſed ita ut heredi in eo gravato, quod non corruat actus, tanquam debitori exiſtenti concedatur electio. arg. *l. plerunque.* 10. *ff. de jur. dot.*

Sed huic ſententiæ iterum obſtat *l. qui duos.* 20. *ff. de leg.* 1. *quidam duos ſervos habebat, unum ex eis legavit, non intelligitur quem legaverit. legatarii electio eſt*, inquit. Sed diſſimilis eſt hæc ſpecies, quoniam hic teſtator non ſenſit de certo ſervo, ſed legavit unum ex duobus per vindicationem. non dixit, *Stichum lego.* tunc ſentiret de certo. Itaque non ſenſit de certo corpore, unde merito dicitur legatario competere electionem. *Duaren. ad d. l. legato.*

Illud autem notandum, quod quando in legato generis legatarius habet electionem, tunc neque optimum, neque peſſimum, ſed mediocre eligit, & hoc ab herede ei præſtabitur. *d. l. legato.* 37. *l. ſi heres.* 110. *ff. de leg.* 1. *l. ſancimus.* 34. §. 1. *C. de donat.*

Secundo objicitur *l.* 3. & 4. *ff. de trit. vin. oleo leg.* ubi dicitur, quod vino vel oleo generaliter legato, non adjecta certa qualitate, præſtandum non eſſe optimum vel mediocre, ſed id quod heres elegit. Reſp. Hoc verum eſt, quando legatum generis in quantitate conſiſtit; tunc enim electio eſt heredis, & heres liberatur dando minimum. *l. fidejuſſorem.* 52. *ff. mandat.* Sic etiam nummis in genere legatis exiguiores debentur. *l. nummis.* 75. *ff. de leg.* 3. *Zaſ. ad d. l. legato.* 37. *Robert. lib.* 2. *ſent. c.* 14.

Tandem objicitur, quod in generali ſeu alternativa obligatione & promiſſione electio eſt debitoris. *l. plerunque.* 10. §. *ult. ff. de jur. dot.* §. *ſi quis agens.* 33. verſ. *huic autem: inſt. de action. l. qui ex pluribus.* 106. *ff. de verb. obl.* Reſp. Ea non procedit in legatis & ultimis voluntatibus, ſed in ſtipulationibus & contractibus. Ratio diverſitatis eſt, quia ſtipulatori poteſt imputari, cur apertius non expreſſerit voluntatem ſuam, aut cur latius verba non conceperit, cum id ei facere liberum fuerit. *l. ſtipulatio iſta.* 38. §. *in ſtipulationibus.* 18. *l. quidquid adſtringenda.* 99. *ff. de verb. oblig.* Aſt in legatarii

gatarii poteſtate non fuit, ut aliter teſtator loqueretur. *Duaren. ad l. legato generaliter.* 37. *ff. de legat.* 1. *Harprechtus ad* §. *generaliter. num. penult.* & *ult. inſt. de legat.* Vide de hac quæſtione latiſſime & pleniſſime differentem *Sarmientum libr.* 8. *ſelectar. interpret. ad l. Lucio Titio.* 23. *ff. de leg.* 2.

ASSERTIO L.

Recte definitur legatum, quod ſit donatio quædam a defuncto relicta.

HÆc definitio traditur a Juſtiniano in §. 1. *inſt. de legat.* ubi hæc verba quæ addita ſunt *ab herede præſtanda*, ſpuria & ſuppoſititia ſunt, a ſciolo quodam imperite adjecta, ideoque rejici debent. Probatur hoc primo, quia Theophilus inſtitutionum paraphraſtes eorum verborum non meminit, & abſunt a definitione Modeſtini in *l. legatum.* 36. *ff. de leg.* 2. Secundo probatur hæc ſententia per *l. Lucius.* 22. *ff. de leg.* 2. ubi refertur, legata etiam ab ipſo teſtatore in vita ejus ſolvi & præſtari poſſe. Ergo non ſemper ab herede ejus præſtanda ſunt. Idem probat *l. filia.* 11. *C. eod.* Tertio & confirmatur hoc ea ratione, quod legata ab alio, quam ab herede præſtentur. Nam legata hodie ex conſtitutione Juſtiniani fideicommiſſis ſunt exæquata. *l.* 2. *C. comm. de legat.* At fideicommiſſa præſtantur non ſolum ab herede, ſed etiam ab herede heredis vel legatarii, item a patre vel domino heredis, imo & a legatario & fideicommiſſario præſtantur. *l.* 5. §. *ult.* cum *l. ſeq. ff. de leg.* 3. *princ. inſt. de reb. ſing. per fideic. relict.* Ideoque & a legatario, item herede heredis & legatarii, ſicut fideicommitti, ita & legari poteſt, & ſic non ſemper ab herede legatum præſtatur. Quinimo & a marito, qui morte uxoris dotem lucratur, uxor legatum recte relinquere poteſt. Denique a donatario cauſa mortis, & ab omni eo, qui quid mortis cauſa accepit a defuncto, ſicut fideicommitti, ita & legari poteſt. *l. ab. eo.* 9. *C. de fideicom.* ubi dicitur, ab omnibus fideicommitti quid poſſe, ad quos quid perventurum eſt ex morte defuncti. *l.* 1. §. *penult. ff. de leg.* 3. Itaque ex his rationibus liquido apparet, quod illa verba *ab herede præſtanda*, veteri definitioni legati, non novæ conveniant. *Godæus ad l. verbis.* 120. *ff. de verb. ſign.* Diſſentit *Anton. Fab. lib.* 6. *conject. c.* 1. qui tradit hæc verba *ab herede præſtanda*, eſſe in definitione legati retinenda. Cui adſtipulantur *Cujac. in paratit. ff. de leg.* 1. *Donel. lib.* 8. *comment. c.* 1. *Weſemb.* & *Vultej. ad* §. 1. *inſt. de legat.* Vide latius ad explicationem hujus definitionis legati, quæ eleganter tradit *Sarmientus lib.* 8. *ſelect. interpret. cap.* 1. *ad rubric. ff. de legat.* 2.

Assertio LI.

Sicut auсto legato, quod accedit, pertinet ad legatarium, ita diminuto legato, quod ſupereſt, debetur.

Augmentum & diminutio in re legata contingens pertinet ad legatarium, niſi conſtet teſtatorem voluntatem mutaſſe. Unde ſi areæ legatæ impoſuit ædificium poſt teſtamentum factum, debebitur domus impoſita legatario: & econtra domo diruta caſu aut vi majori, debetur adhuc area, quæ eſt maxima pars ædium. & conſequenter rudera & cæmenta. *l. ſi ex toto*. 8. *ff. de leg*. 1. *l. ſi area*. 39. *ff. de leg*. 2. *l. ſi grege*. 22. *ff. de leg*. 1. Sed ſi teſtator ex propoſito ſeu conſulto, domum legatam deſtruxit, aliamque ibi ædificavit, legatum interit, quia creditur mutata voluntas teſtatoris. *l. ſi ita legatum*. 65. §. *fin. ff. de leg*. 1.

Sed in hac re repugnare videtur *l. ſi chorus*. 79. §. *area*. 2. *ff. de leg*. 3. cum *d. l. ſi area*. *Duaren. ad d. l*. 8: hæc ita conciliat, ut regulariter area legata ædificium areæ impoſitum debeatur: ſed tamen hoc non procedit, ſi appareat ex conjecturis teſtatoris voluntatem mutatam, ut ſi homini tenuis fortunæ legata ſit area, & poſtea magnifica & ſumtuoſa domus areæ impoſita, non debetut ædificium arg. *l. ſervum*. 44. §. *ſi area*. 4. *ff. de leg*. 1. Quod & videtur *Accurſ.* ſentire in *d. l. ſi chorus*. §. *area*. Itaque in dubio area legata debetur & impoſitum ædificium, niſi teſtator voluntatem mutaverit. Generaliter enim ſuperficies cedit ſolo: mutatæ autem voluntatis probatio exigitur ab herede. *l*. 11. §. *ſi rem*. 12. *ff. de leg*. 3. Et ſi heredi non ſuppetat probatio in hac ſpecie, præſumitur teſtator impoſito areæ ædificio, potius auxiſſe legatum, quam mutaſſe voluntatem. Diverſum obtinet, ſi lana legata ſit, & veſtis ex ea fiat, item ſi ex ſylva legata navis extruatur, aut ex marmore legato conficiatur ſtatua, tunc enim extinguitur legatum. *l. Servius*. 57. *l. quæſitum*. 78. §. *illud*. 4. *l. lana*. 88. *ff. de leg*. 3. Ratio diverſitatis eſt, quia in prioribus caſibus ſpecies nova non plane perimit priorem, ideoque illud quod mutatum eſt, debetur. Sed quando prior ſpecies ita mutatur, ut plane extinguatur, nec in priorem ſpeciem iterum redigi poſſit, interit legatum, ut ſi fiat ex ſylva navis. At ſi res ad priorem ſpeciem reduci poſſit, vel prior ſpecies non plane extinguatur, mutatio non perimit legatum. Unde area legata domus impoſita debetur, & maſſa argenti legata, ſcyphi ex ea facti debentur. *d. l. lana*. *Cujac. lib. obſ*. 23. *c*. 22.

Verum adhuc magna ſupereſt antinomia, in eo quod de lana dictum eſt. nam in *l. ſervum*. 44. §. *ſi pocula*. 2. *ff. de leg*. 1. reſpondet Ulpianus, veſte facta ex lana deberi veſtem. Id Paulus negat in *d. l. lana*. Reſpondet Duarenus ex ſententia veterum, quod regu-

gulariter lana legata non debetur veſtis, niſi appareat teſtatorem veſtem quoque voluiſſe deberi: ut ſi forte fecit veſtem, quo plenius conſuleret legatario, quia in ea re ſumtum facturus erat. Et hoc eſt, quod dicit *Ulpian. in d. §. ſi pocula. ſi modo non mutavit teſtator voluntatem.* Itaque lana legata non aliter debetur veſtis ex ea facta, quam ſi ex conjecturis appareat teſtatorem hoc voluiſſe. *Duarenus ad d. §. ſi pocula.*

Denique obſtat prædictis textus in *l. mortuo. 49. ff. de leg. 2.* ubi *mortuo bove legato, nec caro, nec corium debetur.* Reſp. Ibi res ipſa animata, quæ erat legata, peremta eſt, quæ longe differt in ſubſtantia ab illa, quæ remanſit, & ideo nihil debetur. Non eadem eſt materia nec forma mortuo pecoris, quæ viventis, nec caro eadem. Animal enim legatum eſt, animalis vero nihil ſupereſt, quia exuviæ non ſunt pars animalis. Cui legi non adverſatur. *l. ſi ſervus. 14. §. bove. 2. ff. de cond. furt.* quæ mortuo vel occiſo bove furtivo, ait dominum condicere aut vindicare λείψανα. Nam ea lex loquitur de domino, nos loquimur de legatario nondum nacto rei legatæ dominium: hoc eſt, ſi bos periit vivo teſtatore, vel ante aditam hereditatem. Animal legatum non eſt legatarii, niſi poſt mortem teſtatoris, & aditam hereditatem. *l. ſi tibi 86. §. cum ſervus. 2. ff. de leg. 1.* Ideoque ſi iterim pereat ſine dolo & culpa heredis, nec æſtimationem, nec λείψανα petere poterit legatarius *Duarenus ad d. l. ſi grege.* Vide de hac quæſtione late & plene differentem *Sarmientum lib. 8. ſelect. interpret. in explicatione l. cum fundus. 10. ff. de leg. 2.*

ASSERTIO LII.

Res hoſtium legari poteſt.

IN hac ambigua quæſtione, an res hoſtium commode legari poſſint, ita diſtinguendum eſt. Aut res apud hoſtes exiſtens, aliquando noſtra fuit, & ea recte legari poteſt, propter ſpem poſtliminii, quia fieri poteſt, ut eam devictis hoſtibus recuperemus, aut pretio redimamus. *l. id quod apud hoſtes. 9. l. ſervus ab hoſtibus. 98. ff. de leg. 1. l. ult. ff. de act. empt.* Aut res apud hoſtes exiſtens, nunquam noſtra fuit. Et hæc abſolute legari non poteſt, ſed ita demum, ſi aliquo caſu emi poſſit. *l. ab omnibus. 104. §. etiam. 2. ff. de leg. 1.* Hoc eſt, eæ tantum res hoſtium legantur, quæ ejuſmodi ſunt, ut recte emi & vendi poſſint, quales ſunt pleræque res mobiles, exceptis armis, & quæ ad victum parandum pertinent: reliquorum enim mobilium commercium cum hoſtibus recte exercetur. *l. cotem ferro. 11. ff. de publ. & vect. l. 1. & 2. C. quæ res export. non deb. l. unic. C. de littor. & itin. cuſtod.* Itaque & illæ res hoſtium recte legantur, quæ ab hoſtibus emi poſſunt. Fundi

vero & aliæ res immobiles hoſtium nulla ratione emi poſſunt, cum bello capti publicentur, & fiſco addicantur, non autem fiant occupantis. *l. ſi captivus.* 20. §. 1. *ff. de capt. & poſtl.* Ideoque nec ſtipulari aut legare fundum hoſtium poſſumus. *l. liber homo.* 103. *ff. de verb. obl. Robert. lib.* 1. *ſent. jur. c.* 17.

Assertio LIII.

Legatum fundi in genere relicti, ſive teſtator habeat fundos in patrimonio, ſive non, nullius eſt momenti.

Ratio hujus aſſertionis eſt, quod fundus ſola deſtinatione & voluntate patrisfam. conſtituitur, ita ut quælibet minima pars fundi, veluti palmus vel ceſpes terræ, poſſit dici fundus. *l. quod in rerum.* 24. §. *ſi quis poſt.* 2. *l. plane.* 34. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. locus. ff.* 60. *de V. S.* Ideoque cum heres vel minimam partem agri dando liberetur, merito dicitur deriſorium, & nullius momenti hoc legatum. textus in *l. cum poſt.* 69. §. *gener.* 4. *ff. de jur. dot.* textus in *l. ita ſtipulatus.* 115. *ff. de V. O.* ubi *Joan. de Imola* iſtam opinionem dicit magis communem, ſicut & *Jaſon* notat *in l. legato generaliter. ff. de leg.* 1. Contrariam opinionem defendit *Petr. de bella Pertica in d. l. ita ſtipulatus.* quem ibi refert *Bart. in* 8. *oppoſ.* quod ſcilicet valeat legatum fundi in genere, ſi modo teſtator reliquit fundos in patrimonio. Sed tamen prior ſententia verior eſt, & in jure magis fundata.

Objicitur *l. ſi domus.* 71. *ff. de leg.* 1. Ubi dicitur, quod legatum domus in genere relictum valet, ſi modo teſtator reliquit domos in patrimonio, teneturque heres eam domum ſolvere quam volet: ſi vero nullam domum reliquit, deriſorium magis eſt legatum, quam utile. Reſp. Illa lex procedit in domo ſeu prædio urbano, cujus non eſt tanta incertitudo, quam fundi ruſtici, cum domus appellatione intelligatur omne ædificium aptum ad inhabitandum. Sed in fundo ruſtico major eſt incertitudo, cum fundus poſſit intelligi tam de loco ad ſeminandum deſtinato, quam de vinea, prato, horto, vel alio ſimili: quod non eſt in prædio urbano. Præterea licet fundus ruſticus habeat certos aliquos fines & limites, facto hominis circumſcriptos, tamen non ita ſunt fixi, certi, & perpetui, ſicut limites fundi urbani: quia domus magis realiter diſtinguitur quam fundus, ſcilicet per cæmenta, ligna, lapides & parietes. Ideoque generale fundi ruſtici legatum merito vitiatur propter incertitudinem. Ita tradit *Gomez. in var. reſolut. c. d. legat. num.* 23. & *c. de qual. contract. num.* 8. Eſt enim vera & certa regula, quod omne legatum, omniſque ſtipulatio, quæ ad rem viliſſimam reduci poteſt, nullius eſt momenti. *d.* §. *gener. l. triticum.* 94. *ff. de verb. obl.* Ita notat *Cujac. lib. obſ.* 14. *c.* 36. Approbat *Fachinæus lib.* 12. *controv. juris cap.* 37.

ASSERTIO LIV.

Cum certa pecunia vel quantitas legatur, tanquam corpus, pars ejus pecunia, quæ ſupereſt, debetur.

QUando teſtator legat quantitatem tanquam certum corpus vel ſpeciem, veluti ſi legat Titio decem, quæ in tali arca vel loco habet, tunc ea quantitas tantum debetur, quæ in deſignato loco reperitur, ſive tanta ſit ſumma, quantam teſtator expreſſit, ſive minor. textus eſt in *l. ſi ſervus.* 108. §. *qui quinque.* 10. *ff. de leg.* 1. fac. *l. ſed ſi certos.* 51. *ff. eod.* Additur ratio in *d.* §. quia cum quantitas tanquam certum corpus legatur, & ea quantitas in rerum natura non ſit, nihil legatum videtur. Non enim pecunia hic tanquam quantitas conſideratur, cum ea veluti genus non poſſit perire. *l. incendium.* 11. *C. ſi cert. pet.* ſed tanquam corpus vel ſpecies, cujus interitu ſine ſua culpa contingente debitor liberatur. *l. ſi ex legati.* 23. *ff. de V. O.* Additur in *d.* §. *qui quinque.* quod ea tamen ſumma quæ ſupereſt, debetur. Idemque ſubjicit Africanus in ſtipulationibus obtinere.

Cui e diametro repugnat *l. ſi ita ſtipulatus.* 120. *ff. de verb. obl.* ubi dicitur, ſi quis ita ſtipulatus eſt, hanc ſummam centum aureorum, quæ eſt in hac arca vel menſa, mihi dabis: ſi non ſit quantitas centum aureorum, nulla & inutilis eſt, etiam reſpectu ejus quantitatis, quæ minus reperitur, ſtipulatio. Reſp. In iſto exemplo præciſe actum fuit inter contrahentes de ſumma centum aureorum. Ideoque inutilis eſt ſtipulatio propter mentem contrahentium, ſi tanta ſumma non reperitur. *Jaſ.* & *Duaren. ad d. l.* 120. *Peck. ad c. plus ſemper. de R. J. in* 6.

Secundo objicitur, quod falſa demonſtratio legatum non vitiat. *l.* 17. *ff. de cond. & dem.* Itaque ſi Titio decem quæ in arca ſunt, legata ſunt, debetur legatum, licet nulla pecunia ſit in arca. Reſp. Quod dicitur falſam demonſtrationem non vitiare legatum, hoc verum eſt, dummodo aliquid ſit quod legatur: at in propoſito res nulla ſubeſt, ſi nulla pecunia in arca repoſita extet. Qui enim decem quæ in arca ſunt, legat, non quantitatem legat, ſed corpus quod non extat. *l.* 1. §. *ſed et ſi dotem.* 7. *ff. de dot. præleg.* Sic ſtatuunt *Pac. cent.* 6. *conc.* 32. *Baro in manual. ad d. tit.* qui notat, hoc legatum, *centum quæ in arca habeo*, non tam falſam demonſtrationem, quam certam relationem continere ad certum ſubjectum: quæ relatio efficit, ut ſubjecto non exiſtente, ad quod relatio legati facta eſt, deficiat legatum.

Tertio objicitur *l. ſi ſic legatum.* 75. §. 1. *ff. de legat.* 1. ubi dicitur, quod ſi teſtator legavit alicui decem, quæ Titio debet, nec quicquam Titio debeat, nihilominus decem debebuntur, nec falſa

falſa demonſtratio perimet legatum. Reſp. Quod dicitur, falſam demonſtrationem legatum non perimere, hoc reſtringitur ſub hac conditione, ſi modo id quod legatur, ſit in rerum natura. *l. quibus. 40. §. penult. ff. de cond. & dem.* Itaque cum hoc in caſu certa ſumma legata ſit, quæ nullo certo loco definita eſt, ac proinde undecunque ſumi poſſit, falſa demonſtratio legatum non perimit. Ratio diverſitatis eſt, quod certi loci definitio etiam in pecunia certum corpus facit, quod non ubivis, ſed in loco tantum deſignato ſit. *l. plane. 34. §. ſed ſi non corpus. 3. ff. de leg. 1.* Itaque ſi hoc corpus in eo loco non extet, intelligitur legatum, quod non eſt in rerum natura. At ubi certa ſumma legata nullo loco circumſcripta eſt, apparet legatam eam quantitatem quæ in rerum natura eſt, quæ cum poſſit undecunque ſumta præſtari, valet legatum.

Sed adhuc vehementer adverſatur *d. l. ſi ſic legatum. 75. §. 1.* ubi deciditur, quod ſi teſtator legat Titio decem, quæ ſibi Titius debet, vel quæ ſibi Sempronius debet, & neuter eorum quicquam debeat, in utroque caſu legatum non valet. Reſp. Ideo iſta legata non valent, quia nullæ res extant, quæ legatæ ſunt. In priori caſu, cum teſtator legat Titio decem, quæ ſibi debet, liberationem legat Titio ab illis decem: ſed nulla eſt liberatio hominis non obligati, ideoque nullum eſt legatum. *l. legavi. 25. ff. de liberatione legata.* In poſteriori vero caſu, cum teſtator legat Titio decem, quæ ſibi Sempronius debet, non legantur decem, quæ hæres præſtet, ſed legatur actio adverſus Sempronium, quæ nulla eſſe poteſt adverſus eum qui nihil debet. Pulchre. *Donell. lib. 8. comm. c. 14.*

ASSERTIO LV.

Quando teſtator legat fundum ſibi dum alio communem, pars teſtatoris propria tantum debetur, niſi alteram partem redemit a ſocio; tunc enim totus fundus debetur.

CUm fundus communis legatur, pars tantum debetur, quæ teſtatoris propria eſt. *l. 5. §. 1. ff. de leg. 1.* Ratio eſt, quia cenſetur teſtator illud jus tantum legaſſe, quod in fundo habet. *l. ſi domus. 71. §. ult. ff. de legat. 1.* Idem dicendum eſt, ſi teſtator fundum quem cum alio communem habet, legat his verbis, *Fundum meum dato;* tunc enim pro parte dominii legatum tantum conſiſtit, non etiam pro parte ſocii. textus eſt in *d. l. 5. §. ult. l. dominus. 22. §. ult. ff. de pecul. leg.* Ratio eſt, quia meum etiam eſt, quod pro parte meum eſt. *l. ſi quis ſervos. 74. ff. de leg. 3. l. illud. 45. ff. de nupt.*

Sed quæritur, ſi teſtator fundum communem ita legavit, *Fundum meum dato:* & deinde redemit partem ſocii, ita ut totus ejus factus ſit, an totus debeatur legatario? Et decidit *Accurſ. in d. l. 5.*

§. *ult.* quod totus non debeatur. per *l. ſi ita. 7. ff. de aur. & arg. leg.* ubi traditur, quod hæc verba, *meum*, *tuum*, præſens tempus teſtamenti ſignificant. Atqui eo tempore pars tantum erat teſtatoris. Ergo ea pars tantum debetur. Quam ſententiam Accurſii, *Jaſon* & *Zaſius* improbant *in d. l. 5.* & recte ſtatuunt, etiam partem poſt teſtamentum redemtam & acquiſitam deberi legatario. per *l. 8.* & *l. quod in rerum. 24. §. 2. ff. de legat. 1. l. cum fundus. 10. ff. de leg. 2.* ubi dicitur, quicquid adjicitur rei legatæ poſt factum teſtamentum, id fieri legatarii.

Objicitur *l. ſi ita. 7. ff. de aur. arg. legat.* ubi dicitur, quod qui veſtem ſuam, argentum ſuum legat, hoc legato tantum comprehenditur illud, quod teſtator tempore teſtamenti poſſidebat, non vero quod poſtea acquiſivit. Reſp. Illa lex loquitur de acceſſione corporum ſeparatorum, ut, cum quis legat veſtes ſuas, & poſt teſtamentum alias acquirit, illæ non debentur legatario. Diverſum eſt, ſi pars accedens ita rei legatæ adjiciatur, ut cum ea uniatur, tunc enim iſta acceſſio debetur legatario, exemplo alluvionis. *Zaſ. ad d. l. 5. §. Labeo. 1. ff. de leg. 1. num. 6.*

ASSERTIO LVI.

Cui quid conjunctim legatur cum altero, qui non eſt in rerum natura, ei jure veteri pars tantum debetur, jure novo ſolidum.

QUando duobus conjunctim eadem res legatur, & legatum ab initio non conſiſtit in alterius perſona, utpote quia non fuit in rerum natura tempore teſtamenti, tunc ejus pars non accreſcit collegatario, ſed relinquitur apud heredem. textus eſt in *l. ſi duobus. 16.* in princ. *ff. de leg. 1.* ubi talis facti ſpecies proponitur. Legavit quis fundum Titio, & Mævio quem credebat vivere, at Mævius jam erat mortuus: quæritur an Titio debeatur totus fundus. Decidit JC. partem tantum ei deberi, & ſic pars altera, quæ pro non ſcripta habetur in perſona Mævii, remanet apud heredem. Ratio decidendi, cur hæc pars non accreſcat collegatario, hæc eſt, quia nunquam ſubſtiterat legatum in perſona Mævii. Ergo nec accreſcere poterat, quia non entis nullæ ſunt qualitates. Legata quæ ab initio non conſiſtunt in perſona legatarii, pro non ſcriptis habentur. Ideoque apud heredes remanent. *l. hujuſmodi. 84. §. ſi Titio. 8. ff. de leg. 1. l. ſi Titio. 7. ff. de leg. 2.*

Objicitur §. *fin. d. l. 16.* ubi teſtator qui habebat uxorem gravidam, legavit Titio & poſthumis fundum, & deciditur, quod non nato poſthumo, Titio totus fundus debeatur jure accreſcendi. Reſp. In principio legis legabatur ei qui non erat in rerum natura, nec eſſe ſperabatur, quo caſu pars deficiens non potuit accreſcere colle-

gatario, quia illa pars nunquam cœperat, nunquam, ut ita dicam, pedem fixerat, ideoque nec alteri poterat accreſcere, quia non entis nullum eſt accidens. Sed in *§. ult. d. l.* 16. legabatur ei, qui licet non erat in rerum natura, tamen ſperabatur naſci, utputa Titio & poſthumis legavit, cum forte uxor erat gravida: hoc caſu, ſi propter abortum uxoris non naſcatur poſthumus, pars deficiens legatario conjuncto accreſcit, quia legatum in ſpe probabili conſtitit. Ille enim qui erat in utero, ſperabatur naſci ſpe veriſimili & probabili. *Zaſ. ad d. l.* 16.

Secundo adverſatur *l. quo loco.* 20. *§.* 2. *ff. de hered. inſt.* Ubi pars mortui, quæ pro non ſcripta habetur, coheredi accreſcit. Reſp. Ibi loquitur JC. in hereditate, quæ non poteſt in partem deficere, quia non debet teſtator partim teſtatus, partim inteſtatus decedere.

Tertio graviter pugnat *l. unica. §. in primo.* 3. *C. de caduc. toll.* ubi dicitur, ſi duobus conjunctim legetur, & alter non ſit in rerum natura tempore teſtamenti, quod conjuncto pars ejus accreſcat. Reſp. Quod per eam conſtitutionem Juſtinianus derogavit juri antiquo, & voluit, quocunque modo deficiat pars rei legatæ, etiamſi pro non ſcripta ſit, eam conjuncto accreſcere; itaque principium *d. l. ſi duobus.* emendatur per *d. l. unicam.* Nam ea conſtitutio edita eſt poſt pandectas, & in eadem lege *§. pro ſecundo.* 4. ait Imp. ſe novum jus componere. *Duaren. ad d. l.* 16. & *lib.* 1. *de jur. accreſc. c.* 18.

ASSERTIO LVII.

Legatum alicui relictum, cum erit annorum XIV. *non niſi expleto anno debetur: eſtque legatum hoc conditionale. Unde ſi ante annum* XIV. *legatarius moriatur, ad heredem nihil tranſmittit.*

Quæritur, ſi legetur alicui, *cum erit annorum* XIV. *vel cum pervenerit ad annum* XIV. quando debeatur legatum, ſeu quando intelligatur eſſe annorum XIV. utrum cum ingreſſus fuerit annum XIV. an vero cum expleverit. Et deciditur, legatarium ad legatum non admitti, niſi XIV. annum expleverit. Annus cœptus non habetur pro completo. textus eſt apertus in *l. ſi cui legetur.* 49. in princ. *ff. de leg.* 1. & *l. non putabam.* 48. *ff. de condit. & demonſt.*

Verum cum his legibus valde pugnat *l. qui filium.* 74. *§. Fabius.* 1. *ff. ad. SC. Trebel.* ubi oſtenditur, ſatis eſſe, ſi legatarius inchoaverit annum XIV. Reſp. In his legibus referuntur diverſa imperatorum decreta. in *d. l. ſi cui.* 49. & *d. l. non putabam.* 48. refertur

de-

decretum Antonini Pii, quod obtinuiſſe apparet ex eo, quia *l.* 49. dicit, *certo jure utimur.* Itaque ſecundum illud decretum, quod uſu receptum eſt, hæc quæſtio decidenda eſt. Id etiam decretum confirmavit *Alexander Imp. in l. penult. C. quand. dies leg. vel fideicommiſſ. ced.* In *d.* §. *Fabius.* refertur Antonini Caracallæ decretum. Ergo non habetur annus incœptus pro completo. *Cujacius ad l.* 5. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.*

Notandum præterea eſt legatum ita relictum, *cum erit annorum* XIV. eſſe conditionale, ideoque ſi legatarius interim moriatur, nihil tranſmittit ad heredem. textus eſt rotundus in *d. l. ſi cui.* §. *hoc autem.* 2. & *l. ſi Titio.* 22. *ff. quand. dies leg. vel. fideic. ced.*

Quibus valde obſtat *d. l. penult. C. quand. dies leg. vel fideic.* quæ aperte ait, illud legatum non eſſe conditionale, ſed in diem, & ideo moriente legatario ante diem, tranfertur in heredem. Reſp. In §. *hoc autem.* & *d. l. ſi Titio.* ita fuit legatum, *cum erit annorum* XIV. *do lego*, hoc legatum eſt conditionale. At in *d. l. penult.* pure teſtator legavit initio, his verbis, *do filiæ decem*; verum ſeparata oratione poſtea adjecit, *quæ accipere debebit, cum erit annorum* XXV. His verbis legato jam ante pure relicto, non adjicitur conditio, ſed dies tantum. Igitur ſi in illa ſpecie filia moriatur, antequam pervenerit ad annum XXV. heres illius iſta decem petet, non quidem ſtatim, ſed eo tempore, quo ſi viveret filia, legitimæ ætatis foret. Quod etiam confirmat *l. Firmio.* 26. §. 1. *ff. quand. dies leg. vel fideic. ced.* Ergo in illa ſpecie legatum tranſmittitur ad heredem, & purum manet. Et hæc fuit ſententia *Johannis in d. l. penult.* quæ comprobatur a *Bartolo in d. l. ſi cui.* ubi breviter & nervoſe haſce leges ita conciliat, quod in *d. l. penult.* tempus certæ ætatis poſt perfectum legatum adjicitur præſtationi legati. At in *d. l. ſi cui.* §. *hoc autem.* adjicitur ſubſtantiæ legati, ideoque hoc caſu poſteriori facit legatum conditionale, non vero priori.

ASSERTIO LVIII.

Nemo poteſt cavere, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant.

PRæclara & inſignis eſt hæc deciſio, quæ traditur, quod nemo poteſt in teſtamento ſuo diſponere, ut leges in ſuo teſtamento locum non habeant. *l. nemo poteſt.* 55. *ff. de leg.* 1. concordat *l.* 5. §. *Julianus.* 7. *ff. de adm. & peric. tuto. & curat. &c.* & *l. teſtandi.* 13. *C. de teſt.* ubi dicitur quod *teſtator non poteſt formam juriſdictionis in teſtamento mutare, aut juri publico derogare.* Ratio eſt, quia privati hominis voluntatem plus virium, quam leges habere non oportet.

Exemplum eſt in lege Falcidia. Nemo poteſt cavere, ne lex Falcidia

Facidia in ſuo teſtamento locum habeat. *l. quod bonis.* 15. §. 1. *l. Sejus.* 2. *ff. ad l. Falc.* Verum Juſtinianus hoc immutavit in *nov.* 1. *cap.* 20. §. *ſi vero expreſſim.* ex ea prohiberi poteſt Falcidia. Quod & ad quartam Trebellianicam recte producitur, ut & illa jure novo a teſtatore prohiberi poſſit, quia & ad exemplum Falcidiæ introducta eſt. §. *ſed quia heredes.* 5. *inſt. de fideicomm. hered.* Deinde eadem ratio eſt, nam non eſt periculum, ne heres ſine lucro adeat, nam cogi poteſt adire etiam invitus jure antiquo. *Duaren. ad d. l.* 55.

Similiter teſtator non poteſt in teſtamento derogare juri publico, aut ſolennitatibus, neđ auferre alicui jus ex ſtatuto debitum, utputa legitimam liberis, dotalitium, aut quotam hereditariam, uxori ſtatutis municipalibus aut legibus aſſignatam. *auth. præterea. C. unde vir & ux.* niſi quota hereditaria debeatur ab inteſtato, tunc enim teſtamento auferri poteſt. Cauſa enim inteſtati ceſſat, neque admittitur condito teſtamento. Quartam tamen ex *d. auth. præterea.* debitam, ne quidem jure civili conjugibus teſtamento auferri poſſe, communiter a DD. receptum eſt. *Weſemb. in parat. ad tit. qui teſt. fac. poſſ.* & *ad tit. unde vir & ux.*

Objicitur, quod edicto prætoris ſive jure publico introductum eſt, ut de legatis ſub conditione vel in diem relictis, heres cogatur ſatisdare de legatis illis exiſtente conditione vel die ſolvendis. *l.* 1. & toto tit. *ff. ut legat. ſeu fideic. ſerv. nom. caveat.* Atqui ea cautio poteſt a teſtatore remitti, valetque præceptum, quo teſtator cavet, ne heres eam præſtare teneatur. *l. cum tale.* 72. §. 1. *l. avia.* 77. §. *ult. ff. de cond. & dem. l.* 2. & *l. penult. C. ut in poſſ. legat. vel fideic. ſerv. cauſ. mitt. &c.* Reſp. Ante conſtitutionem D. Marci ea cautio non potuit teſtamento remitti, ſed poſt reſcriptum ejus Imp. hæc cautio legatorum teſtamento remitti poteſt. *d. l.* 2. *l. pactum.* 46. *ff. de pact.*

Pertinet etiam ad hanc regulam hoc exemplum, quod uſufructuarius tenetur cavere, ſe uſurum fruiturum boni viri arbitrio, & cum uſusfructus finitus fuerit, ſe reſtituturum, quod inde extabit. *l.* 1. *ff. uſufr. quemadm. cav.* Hæc cautio teſtamento non poteſt remitti. *l.* 1. & 4. *C. de uſufr. l. penult. C. ut in poſſ. leg. vel fideic. ſerv. cauſ. mitt. &c.*

Sed objicitur, quod dictum eſt in præcedenti exemplo, cautionem legatorum poſſe in teſtamento heredi remitti; cur ergo & cautio fructuaria non poteſt teſtamento remitti? Reſp. Hoc ſpecialiter receptum eſt in uſufructu, ne detur occaſio fructuario delinquendi, & abutendi re fructuaria: facilius & frequentius abutuntur fructuarii, qui cogitant ſe brevi uſumfructum amiſſuros, quam heredes qui ſperant ſe proprietate potituros. Ubi autem majus periculum imminet, ibi magis & diligentius cavendum eſt. *l.* 1. *ff. de Carb. edict. Duaren. ad d. l.* 55.]

Ultimo

Ultimo quæritur, an teſtator poſſit teſtamento remittere confectionem inventarii heredi? Et recte diſtinguit *Caſtrenſ. in d. l. 55.* quod pater teſtator poſſit remittere tutori, ne conficiat inventarium de bonis filiorum. textus eſt expreſſus in *l. ult C. arbit. tutel.* Sed heredi non poteſt remittere, ne conficiat inventarium in præjudicium creditorum hereditariorum, quo minus ab eis etiam ultra vires hereditatis conveniatur: quia facto debitoris non poteſt conditio creditorum fieri deterior. *l. debitorum. 25. C. de pact.* Sed ſi nulli ſunt creditores poteſt in præjudicium legatariorum remittere heredi confectiōnem inventarii, quia potuit ab initio eis non legare, ergo & limitare poteſt legatum. arg. *l. videamus. 4. §. penult.* & *l. 5. ff. de in litem. jur.* Ita decidunt quoque *Fachin. libr. 6. controv. jur. cap. 25. Jul. Clarus in recept. ſentent. §. teſtamentum. quæſtion. 66.*

Pertinet ad hanc deciſionem elegans exemplum in *l. Lucius.* 88. §. *ult. ff. de leg. 2.* ubi talis proponitur ſcriptura. *L. Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo juriſperito, rationem animi mei potius ſecutus, quam nimiam & miſeram diligentiam, Et ſi minus aliquid legitime, minuſve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet ſani hominis voluntas.* Hic cavit teſtator, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant. Sed ea ſcriptura habetur pro codicillis, non pro teſtamento: legitimi itaque heredes ſuccedunt, non ſcripti. Hoc inquam teſtamentum ſolennitatibus juris deſtitutum, non valebit tanquam teſtamentum, ſed ſuſtinetur ex bono & æquo tanquam codicillus, jure fideicommiſſi, tenebunturque proximi heredes ab inteſtato heredibus in hoc teſtamento imperfecto ſcriptis portiones hereditarias per fieicommiſſum reſtituere. *Sichar. ad l. teſtandi.* 13. in fin. *C. de teſtam.*

ASSERTIO LIX.

Ille agit ex legato, cujus potiſſimum intereſt, licet verba legati non ſint ad illum directa.

Actio ex teſtamento datur illis, quorum intereſt, licet verba legati diſpoſitiva ad eos non dirigantur. Ita deciditur in *l. ſervo legato. 69. §. ſi teſtator. 2. ff. de leg. 1.* ubi hoc enunciatum duobus exemplis comprobatur. Primum eſt. Teſtator juſſit, ut duo ex heredibus ſolvant debitum Titio creditori ſuo: hoc caſu non habebit Titius actionem ex teſtamento, quia nihil ejus intereſt, cum nihil amplius ſit in legato, quam in debito. Verum coheredes habent actionem ex teſtamento, ut creditori ſolvatur, quia eorum intereſt creditori ſolvi. Secundum exemplum. Pater juſſit filiæ nomine genero dotem dari, gener non habebit hoc caſu actionem ex teſtamento, licet teſtator juſſerit ei dari, ſed filia: quia

 ejus

ejus maxime intereſt dotem marito dari, ut ſit dotata. Itaque interdum alius agit ex teſtamento, quam is cui juſſit teſtator dari, ille ſcilicet, cujus potiſſimum contemplatione legatum relictum eſt. *l. fideicommiſſa.* 11. §. *interdum.* 22. *ff. de leg.* 3.

Opponitur *l.* 5. *C. de jur. dot.* ubi cum pater pro filia dotem promiſiſſet genero, mortuo patre, maritus agit contra heredes ſoceri, non filia. Reſpondet *Accurſ. in d.* §. *ſi teſtator.* quod illa lex loquatur de actione ex ſtipulatu, quæ datur ei, cui promiſſio dotis facta eſt, ſed hæc aſſertio loquitur de actione ex teſtamento, quæ conceditur ei, cujus nomine legatum eſt.

Secundo objicitur *l. tali.* 48. §. *ult. ff. de jur. dot.* & *l. Titio.* 71. §. *Titio genero.* 3. *ff. de cond. & dem.* ubi traditur, etiam genero dari actionem ex teſtamento, ſi teſtator juſſit teſtamento genero dotem dari ab herede. Diſtinguendum. Aut pater legavit dotem, quam jam debuit genero, & tunc gener non habet actionem ex teſtamento, quia inutile eſt legatum, cum legatum ſit, quod jam debebatur. Verum filia habet actionem ex teſtamento, quoniam ejus intereſt, gener autem aget ex ſtipulatu. Sed neceſſe eſt, ut inter ſe conveniant maritus & uxor: ut una actione ſint contenti, ut vel ipſe maritus agat ex ſtipulatu, vel filia ex teſtamento, nam bis dos non ſolvitur. *l. hujuſmodi.* 84. §. *cum. pater.* 6. *ff. de legat.* 1. Aut pater legavit dotem genero, quam non debuit, & tunc legatum conſiſtit in utriuſque perſona mariti & uxoris.

ASSERTIO LX.

Legatarius qui rem ſibi legatam alienari patitur, adhuc poteſt petere rei ſibi legatæ pretium.

QUæſtio talis proponitur. Heredes fundum Titio legatum, æris alieni hereditarii exolvendi cauſa vendiderunt extraneo, vel uni ex heredibus; & quidem ipſo Titio præſente, & teſte venditionis, & inſtrumentum venditionis ſigillo vel annulo ſuo obſignante. Quæritur an Titius legati perſecutionem ideo amiſerit, quod venditioni fundi ſibi legati quaſi teſtis adfuit, & quod eam venditionem ſignavit? Deciditur, quod non amiſerit petitionem fundi, & quod quidem non ipſum fundum, ſed pretium ejus perſequi poſſit. textus eſt expreſſus, & valde notandus in *l. ſi fundus.* 92. *ff. de leg.* 1. Ex qua lege obſervandum, quod legatarius qui venditioni fundi interfuit, & qui eam ſignavit, non amittit petitionem legati, nam pretium fundi petere poteſt.

Opponitur *l. nihil.* 120. §. 1. *ff. de leg.* 1. ubi dicitur, ſi fideicommiſſarius venditioni rei ſibi per fideicommiſſum relictæ conſenſit, quod nullam habet fideicommiſſi petitionem. Idem dicitur in *l. Lucius* 88. §. *inſulam.* 14. *ff. de legat.* 2. ubi dicitur, quod fideicommiſ-

miſſarius, qui conſenſit in venditione rei ſibi legatæ, nullam neque rei, neque pretii perſecutionem habeat. Reſp. Illæ leges loquuntur de legatario, qui palam & diſerte conſenſit venditioni: talis expreſſus conſenſus alienationi præſtitus, habet vim repudiationis legati. Sed in *d. l. ſi fundum.* legatarius tanquam teſtis vel ſignator interfuit venditioni, hic palam non conſentit venditioni. Ideoque ſola præſentia & ſignatione non amittit fideicommiſſum. *l. Gajus.* 39. *ff. de pign. act. l. Titia.* 34. §. *Lucia.* 2. *ff. de leg.* 2. *l. ſi pater.* 6. *C. de fidejuſſ.* Ex quibus legibus colligitur hæc deciſio, quod qui aliquem actum tanquam teſtis ſubſignat, vel ſubſcribit, non præjudicat juri ſuo. Ita notat *Bart. in d. l. fundum.* & *d.* §. *Lucia.*

Secundo opponitur *l. fidejuſſor.* 26. § *pater.* 1. *ff. de pignor.* ubi filius qui ſcripſit inſtrumentum, in quo pater domum filii oppignoraverat, hac ſcriptura obligationi rei ſuæ conſentire cenſetur, ideoque teſtis, ſcriptura vel ſubſignatio inducit conſenſum. Reſp. ſub diſtinctione. Aut aliquis ſcribit principale inſtrumentum obligationis, in quo res ſcribentis propria obligatur, & hic cenſetur obligationi pignoris conſentire. Aut tanquam teſtis ſubſcribit & ſubſignat actum, & tunc rei propriæ obligationi & alienationi non cenſetur conſentire per ſubſcriptionem. *Coſt. ad d. l. Gajus.*

ASSERTIO LXI.

Teſtator ſi prohibuit in teſtamento rem alienari extra familiam, non valet alienatio, ſed proximi ex familia rem alienatam vindicare poſſunt.

HAnc aſſertionem evidenter comprobant *l. filiusfam.* 114. §. *Divi.* 14. *ff. de legat.* 1. & *l. peto.* 69. § *fratre.* 3. *ff. de leg.* 2. cum aliis plurimis legibus concordantibus. Quod ſi res prohibita alienari ſit contra voluntatem teſtatoris alienata, competit proximiori agnato fideicommiſſi perſecutio. *d. l. peto.* §. *fratre.* Porro qui prohibetur alienare, prohibetur vendere, donare, permutare, in extraneum heredem transferre. *d. l. peto.* §. *fratre.* niſi quoad vivat, prohibitus ſit alienare, eo enim caſu poterit in re prohibita alienari extraneum heredem inſtituere. *l. pater.* 38. §. *fundum.* 3. *ff. de legat.* 3.

Sed obſtat *l. cum pater.* 77. §. *cum inter.* 28. *ff. de leg.* 2. ubi cum legaſſet teſtator fundum libertis, & caviſſet, ne extra familiam libertorum eum alienarent, filius tamen libertæ, qui non eſt ex familia libertorum, heres inſtitutus ad partem fideicommiſſi admittitur. Reſp. Non poteſt quis in re prohibita alienari inſtituere heredem extraneum, ſed tamen poteſt eadem res prohibita alienari pervenire ad heredem extraneum jure ſucceſſionis ab inteſtato. Itaque licet in prædicto caſu filius libertæ non ſit de familia, cum fœminarum liberi non ſint in earundem familia, *l. familia.* 196. §. 1. *ff.*

de V. S. tamen ab inteſtato fundus ad eum transfertur. Itaque quando quis prohibitus alienari rem extra familiam, decedit, hic ſi ad eum qui non eſt ex familia, rem ab inteſtato transferat, non cenſetur alienare. Ita tradunt *Caſtrenſ. Bart. ad d. §. cum inter.* Idem confirmat *Bart. in l. ſi ita quis.* 135. §. *ea lege.* 3. *ff. de V. O. num.* 7.

Assertio LXII.

Incertis perſonis legari non poteſt.

Hæc aſſertio proponitur in §. *incertis.* 25. *inſt. de legat.* Ratio eſt, quia certum debet eſſe teſtatoris conſilium & judicium: atqui quod incertis perſonis relinquitur, non certo judicio tribuitur, ſed temere & imprudenter effunditur. Incerta autem perſona eſt, de qua rogatus teſtator nihil certi poteſt reſpondere. Utputa ſi teſtator ei legavit, qui prior aſcendit Capitolium; inutile eſt legatum, quia incertæ perſonæ eſt relictum. Quod tamen Juſtinian. aliqua ratione temperavit, primo ut valeat legatum incertæ perſonæ relictum quæ ex futuro eventu declarari poteſt. *d.* §. *incertis.* & ibi *Sneidewin. l. quidam relegatus.* 5. *ff. de reb. dub.* Secundo legatur incertis perſonis utiliter ad pias cauſas. Legatum enim eccleſiis, pauperibus, item ad captivorum redemtionem relictum, indiſtincte tenet. *l. id quod.* 24. *l. ſi quis ad declinandam.* 49. *C. de epiſc. & cler.* Ratio eſt, quia quando teſtator indefinite eccleſiis vel pauperibus legat, non de certis perſonis cogitat, ſed tantum hoc vult, ut pauperibus diſtribuantur eleëmoſynæ, imo ut ſint incertæ perſonæ, certa tamen ſunt exercendæ pietatis ſubjecta. Debet autem hoc legatum in genere relictum piis locis vel pauperibus, ſolvi pauperibus illius loci, in quo teſtator habet domicilium, valetque hoc relictum favore piæ cauſæ, & intuitu religionis. §. *ſi quis in nomine magni Dei. nov.* 23. *de eccleſ. diverſ. capit. Cyn. in l.* 1. *C. de ſum. trin. & fid. cath.* Pro qua ſententia facit *l. ſunt perſonæ.* 43. *ff. de relig. & ſumpt. fun.* ubi dicitur, quod ſumma ratio eſt, quæ pro religione facit. Extra hos caſus legatum incertæ perſonæ relictum inutile eſt, utputa ſi teſtator Titio legatum reliquerit, & duo ſint ejuſdem nominis Titii, amici teſtatoris, nulli debetur legatum. *l. duo ſunt.* 30. *ff. de teſt. tut. l.* 3. §. *ſi duobus.* 7. *ff. de adim. vel transfer. leg. l. cum ex pluribus.* 31. *ff. de manum. teſt.*

Objicitur *l. ſi quis ſervum.* 8. §. *ſi inter.* 3. *ff. de leg.* 2. ubi dicitur, quod heres ei debet præſtare legatum, quem elegerit, quoties uni ex duobus ejuſdem nominis legatum eſt, & dubitatur, de quo teſtator ſenſerit. Reſp. Illud accipiendum eſt, ubi heres legatum ultro & ſponte ſolvere paratus eſt, hic poteſt ei dare quem elegit, ſed tamen ad id præſtandum invitus compelli non poteſt. *Fab. ad l.*

ſemper

ſemper in dubiis. 56. ff. de R. J. Proinde *d. §. ſi inter.* ita intelligendus eſt, quod ſcilicet legata incertæ perſonæ relicta non valeant, neque ad ea præſtanda heres compelli poſſit; niſi ultro ad ea ſe præſtanda offerat. *Bart. ad d. §. ſi inter.*

Secundo objicitur *l. ſi ſic fuerit. 10. §. ſed & ſi duobus. ff. de reb. dub.* ubi dicitur, quod ſi legatum ſit relictum duobus ejuſdem nominis, puta Semproniis, & deinde Sempronio ademtum ſit ſingulari nomine, quod in utriuſque perſona ademtio valeat. Hic ademtio valet, cum tamen incertum ſit, cui teſtator ademtum voluit. Reſp. Iſta lex non pugnat cum aſſertione noſtra, imo optime cum ea congruit. Nam ſicut legatum incertis perſonis relictum non valet, ideo quia de certa mente & voluntate teſtatoris non apparet, ita etiam cum incertum ſit, cui ex duobus ejuſdem nominis legatum adimere voluerit, non valet in uno ademtio, ſed in utroque. Contrariorum enim eadem eſt doctrina. Sicut ergo legatum uni ex duobus Titiis relictum non valet, cum incertum ſit, de quo teſtator ſenſerit, ita econtra, cum duobus Titiis legatum relictum eſſet, & poſtea uni Titio ademtum ſit, nec conſtat, cui teſtator adimere voluerit, non valet ademtio in perſona unius Titii, de quo forte non cogitavit teſtator, ſed in utriuſque perſona ademtio facta cenſetur.

Porro illud ſciendum, quod quando quis legat unam rem ex duabus, nec apparet, de qua teſtator ſenſerit, legatum non evaneſcit, ſed debet heres eam dare quam elegit. *l. ſi quis. 32. §. 1. l. cum ſervus. 39. §. ſcio. 6. ff. de leg. 1.* Utputa teſtator legavit fundum Cornelianum, cum duos fundos haberet ejuſdem nominis, heres cogitur unum dare, utrum elegerit, id eſt, minorem, ſeu minoris pretii fundum. *d. §. ſcio.* Ratio autem diverſitatis cur incerta res legata ex æquitate ſuſtineatur, incertis vero perſonis legatum relictum corruat, hæc eſt, quia cum res incerta eſt quoad mentem teſtatoris, utputa una re ex pluribus ejuſdem nominis legata tunc quamcunque eligat heres, jam dicitur ſaltem in genere ſatisfeciſſe voluntati teſtatoris, quia certum eſt teſtatorem voluiſſe commodare legatario, dando unam ex iſtis. At in perſonis legatariorum longe diverſum eſt, quia ſi plures ſunt Sempronii, voluntas teſtateſtatoris adeo præciſe dirigitur ad unum Sempronium, ut alter omnino excludatur

ASSERTIO LXIII.

Ad legatum conſequendum competunt legatario tres actiones, actio perſonalis ex teſtamento, rei vindicatio, & hypothecaria.

Effectus hic eſt legatorum, ut tres legatario ad perſequendum legatum competant actiones; actio ſcilicet perſonalis ex teſtamento,

mento, rei vindicatio, & hypothecaria: adhibita tamen hac diſtinctione, ut ſi res propriæ teſtatoris ſint legatæ, prædictæ actiones locum habeant. Si vero res aliena legata ſit, legatario actio perſonalis ex teſtamento, & hypothecaria tantum detur, non vero rei vindicatio. textus eſt formalis & expreſſus in *l.* 1. *C. commun. de legat.* & ibi *gloſſ.*

Sed objicitur, quod actio perſonalis & rei vindicatio ſimul non poſſint competere, quia nemo poteſt ſimul contrarias actiones in judicio proponere. *l.* 1. *C. de furt.* At vero inter perſonalem & realem actionem ſubeſt quædam repugnantia, cum in perſonali actione actor petat ſibi dari, in reali vero aſſerat rem ſuam eſſe, quæ amplius ei dari nequit. §. *ſic itaque.* 14. *inſt. de act.* Reſp. Non concluditur hoc caſu in perſonali actione ad dandum & ad transferendum dominium, ſed tantum ad tradendum, ſeu ad tranſlationem poſſeſſionis, poſſeſſio autem perſonali actione condici poteſt. *l. indebiti.* 15. §. 1. *ff. de cond. indeb. gl.* ſingularis & unica *in* §. *noſtra. inſt. de legat.* Concludendum igitur eſt, quod ſit in arbitrio legatarii legati nomine agere actione ex teſtamento in perſonam, vel in rem, ſeu rei vindicatione. At cum alterutrum remedium elegit, ad alterum non habet amplius regreſſum. *l. cum filius.* 76. §. *variis.* 8. *ff. de leg.* 2.

ASSERTIO LXIV.

Qui legat certam fructuum quantitatem, ſi non naſcatur tantum, quantum legavit, heres ad præſtationem totius tenetur.

Si teſtator legat certam quantitatem fructuum ex fundo, ſi non naſcantur tot fructus, quot legavit, heres nihilominus ad totius quantitatis præſtationem tenetur. Ita deciſum extat in *l. Lucius.* 12. *ff. de alim. vel cibar. legat. l. Paula.* 27. §. *ult. ff. de leg.* 3. *l. Firmio.* 26. *ff. quand. dies leg. ced. l. quidam teſtamento.* 96. *ff. de leg.* 1.

Sed repugnat *l. ſi debitor.* 39. §. 1. *ff. de contr. empt.* & *l. cum certus.* 5. *ff. de trit. vin. ol. leg.* Ubi dicitur, ſi teſtator legavit alicui certos frumenti modios, vel certum numerum amphorarum olei vel vini ex certo fundo, & minus natum eſſet, tantum id deberi, quod legatum eſt. Hæ leges prima facie pugnantes ita conciliandæ ſunt. Aut certi fructus ex fundo ſimpliciter & ſine conditione legantur, ita ut fundus ſolum ponatur ad deſignationem ſeu demonſtrationem. hoc modo: *Lego decem modios frumenti ex hoc fundo,* & tunc ſupplebitur aliunde, ſi tantum non naſcatur. *d. l. Firmio. d. l. Lucius.* Aut fructus ex fundo legati ſunt ſub conditione, ita ut fundus ſit adjectus limitationis & taxationis cauſa, hoc modo:

do : *Lego x. modios frumenti, ex eo quod ex tali fundo naſcetur, aut natum erit*; & tunc ſi unica præſtatio tantum fuit in legato, quaſi defecta conditione liberatur heres, nec tenetur aliunde ſupplere. Unde ſi quinque modii frumenti tantum naſcantur, hi tamen debebuntur. *d. l. cum certus.* & *d. l. ſi debitor.* §. 1. Si vero plures præſtationes ſunt faciendæ, ut ſi annua vel menſtrua vini vaſa ſunt legata, & tunc ſive nihil, ſive tantum non naſcatur uno anno, quantum relictum eſt, ſupplendum eſt ex aliorum ſequentium annorum fructibus. textus notabilis in *l. legatum.* 17. §. *vini.* 1. *ff. de ann. legat.* Regulariter namque illa verba, *quod natum erit*, in contractibus & teſtamentis poſita, vicem habent taxationis, & efficiunt, ut minus quam dictum eſt, debeatur. *Cujac. lib. obſerv.* 2. *cap.* 12. *Ferrar. in form. libel. qua agitur ad præſtat. facti.*

ASSERTIO LXV.

Inter verbis tantum conjunctos locus eſt juri accreſcendi, & re tantum conjunctis præferuntur.

QUod inter eos, qui verbis tantum conjuncti ſunt, locus ſit juri accreſcendi, evidenter probatur ex *l. unica.* §. 10. *verſ. in his itaque. C. de caduc. toll.* ubi dicitur, ſi quid pluribus conjunctim legatur, vel plures conjunctim ſunt heredes inſtituti, & unus ex conjunctis deficiat, quod pars ejus conjuncto heredi vel legatario accreſcat. Atqui dicuntur conjuncti, non ſolum qui re & verbis junguntur, veluti ſi teſtator dicat hoc modo, *Sejo & Titio fundum Tuſculanum lego*, ſed etiam qui verbis tantum conjuncti ſunt, quibus ſcilicet conjuncta oratione ejuſdem rei partes legantur, ut quando teſtator ita dicit, *Titio & Mævio fundum æquis partibus lego. l. Triplici.* 142. *ff. de V. S.*

Porro hi qui verbis tantum conjuncti ſunt, re tantum conjunctis præferuntur. *l. re conjuncti.* 89. in fin. *ff. de leg.* 3. *d. l. unica.* §. 10. verſ. *ſin autem ex his. C. de caduc. toll.* ubi elegantem rationem ſubjungit Imp. quod conjuncti verbis tantum, ideo re conjunctis ſunt potiores, quia propter unitatem ſermonis quaſi in unum corpus redacti cenſentur. Semper itaque hoc verum eſt, quod omnes conjuncti ſive re & verbis, ſive verbis tantum, in permiſtione præferantur re tantum conjunctis, qui & ſeparari dicuntur. *d. l. re conjuncti. l. heredes ſine partibus.* 63. *ff. de hered. inſt. Baro ad* §. *ſi eadem. inſt. de legat. Cujac. lib. obſ.* 24. *c.* 34. & 35.

Huic tamen aſſertioni quatuor juris loca graviter adverſantur. Primo refragatur *l. ſi quis ita.* 66. *ff. de hered. inſt.* ubi teſtator heredes ſcripſit hoc modo: *Titius heres eſto. Cajus & Mævius ex æquis partibus heredes ſunto*: ibi deciditur ſi Mævii portio deficiat, quod illa pars non ſoli Cajo, qui verbis ei conjunctus erat, ſed & Titio,

qui re tantum conjunctus erat, accreſcat. Reſp. Regulariter pars unius ex verbis conjunctis accreſcit verbis conjuncto, excluditurque re conjunctus. *d. l. unica.* §. *hac ita tam varie.* Verum aliquando re conjunctus cum verbis conjuncto æqualiter ſuccedit, utputa cum apparet re conjunctum cæteris prædilectum eſſe, ut in prædicto exemplo. Cum enim teſtator hic primo Titium ex aſſe inſtituerit, quam Cajum & Mævium verbis conjunctos nominavit, cenſetur ſingulos voluiſſe ſeparatim inſtituere, atque ut celerius ſcriberet duos poſtremos conjunxiſſe. Unde deficientis coheredis portio omnibus pro hereditaria parte accreſcet. *Alciat. lib.* 7. *parer. cap.* 9. & *ad d. l. triplici.*

Secundo repugnat *l. Mævio.* 41. *ff. de leg.* 2. ubi teſtator ita ſcripſit: *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego:* deciditur ibi, quod deficiente Sejo, qui verbis conjunctus cenſetur cum Mævio, portio ejus non tantum Mævio, ſed & Titio re conjuncto accreſcat. Reſp. Hic pars Seji deficientis ideo omnibus accreſcit, quod teſtator in hac formula legati ambiguum reliquerit, utrumne eandem dimidiam, an vero aliam legaverit Sejo: itaque omnes tres re conjuncti cenſentur, ac veriſimile eſt duos ſemiſſes factos, & Mævium cum Sejo in eundum ſemiſſem coactum. *d. l. triplici.* in fine. *Baro ad d.* §. *ſi eadem. Alciat. d. l. loco.*

Tertio obſtat *l. penult. ff. de uſufr. accr.* ubi aperte dicitur, ſi æquis partibus duobus ejuſdem rei uſusfructus legatus eſt, ceſſare inter eos jus accreſcendi. Unde apparet inter verbis conjunctos ceſſare jus accreſcendi. Reſp. Ideo inter eos, licet verbis ſunt conjuncti, ceſſat jus accreſcendi, quia a diverſis heredibus percipiunt uſumfructum. Sic enim teſtator in teſtamento ſcriptum reliquit: *Lego Titio ab herede Sempronio, & ab herede Cornelio lego Mævio uſumfructum fundi, æquis portionibus:* hoc caſu quando a pluribus diverſis heredibus relinquuntur partes uſusfructus, ceſſat jus accreſcendi, quia non habentur hi fructuarii pro conjunctis.

Quarto objicitur *l.* 1. §. 1. *ff. d. tit.* ubi dicitur, ſi ſeparatim ſit unicuique partis rei relictus uſusfructus, ceſſare jus accreſcendi. Reſp. Accurſius quod ideo ceſſat inter eos jus accreſcendi, quia ea verba ita ſunt accipienda, acſi dictum eſſet: Huic dimidiam, illi alteram dimidiam uſusfructus lego, ita ut diverſæ plane res illis ſint relictæ. Atqui inter conjunctos, quibus res plane diverſæ ſunt relictæ, ceſſat jus accreſcendi tam in proprietate, quam in uſufructu. *l. hujuſmodi legatum.* 84. §. *quibus.* 12. & §. 13. *ff. de leg.* 1. ubi dicitur, ſi teſtator ita legavit, *Titio & Mævio ſingulos ſervos lego*, vel, *Titio ſervum lego, Mævio alterum ſervum lego*; non concurſuros eos in eundum ſervum. Diſſentiunt ab hac opinione *Govean. lib. ſing. de jur. accreſc. Cujac. lib.* 15. *obſerv. c.* 4. & *lib.* 24. *c.* 34. *Anton. Fab. lib.* 6. *conject. c.* 1. qui ſtatuunt hanc regulam in jure accreſcendi.

Quod

Quod inter eos qui ab initio partes habent, vel habere intelliguntur, quales ſunt verbis tantum conjuncti, non ſit locus juri accreſcendi, ſed inter eos tantum, locum habere jus accreſcendi, qui ab initio ſolidum habent, & partes faciunt concurſu. per *l.* 3. *ff. de uſufr. accr. Anton. Fab. in error. pragmat. decade* 49. *error*. 4. & *decade* 10. *error*. 7.

ASSERTIO LXVI.

Impoſſibilis conditio vitiat contractus: teſtamentis vero adjecta pro nulla habetur, ſalva manente institutione vel legato.

Ratio diverſitatis inter contractus & ultimas voluntates eſt; quod ideo impoſſibilis conditio adjecta vitiet contractus, quia imputandum eſt ſtipulanti ſeu contrahenti, qui hoc modo ſtipulatus eſt. Præterea cum contrahentes adjiciunt contractui conditionem, quam uterque ſcit impoſſibilem, aperte ludificari, non vero quicquam agere voluiſſe cenſentur. *l. non ſolum.* 31. *ff. de obl. & act.* In teſtamentis vero conditio impoſſibilis adjecta ideo pro nulla habetur, ſalva manente diſpoſitione, quod heredi ſcripto vel legatario id non poteſt imputari, cum ii teſtamentum non faciant, iiſque ignorantibus conditiones impoſſibiles adjiciantur. §. *ſi impoſſibilis.* 10. *inſt. de inut. ſtip.* §. *impoſſibilis.* 10. *inſt. de hered. inſt. l.* 1. *ff. de cond. inſt. l.* 3. *ff. de cond. & demonſtr.* Accedit & hæc ratio, quod impoſſibilis conditio ab uno teſtatore legato vel heredis inſtitutioni adjiciatur, cui præſertim morienti facile contingere potuit, ut errore quodam ſeu mendo hæc conditio exciderit. *d. l. ff.* 1. *de cond. inſt.* Nec veriſimile eſt teſtatorem moribundum ludere, nihilque agere voluiſſe, cum ſuprema hæc ſit voluntas, & arbitrium teſtandi non redeat. *l.* 1. *C. de SS. eccl.* Denique & hæc ratio redditur, quod teſtamenta ſint favorabilia, & ideo benignior in iis ſit interpretatio adhibenda. *l. in teſtamentis.* 12. *ff. de R. J.* obligationes autem non ſint favorabiles, & ideo interpretatione non ſunt adjuvandæ. *l. Arrianus.* 47. *ff. de obl. & act.*

Adverſatur huic doctrinæ §. *ult. inſt. de legat.* ubi legatum relictum ab herede, ſub ea conditione, niſi turpe aut impoſſibile factum aliquod admittat, inutile & pro nullo habetur. Reſp. Hæc longe inter ſe differunt. Legatum ſimpliciter relictum ſub conditione impoſſibili, valet rejecta conditione: ſed cum in pœnam heredis legatur, niſi turpe aut impoſſibile aliquid præſtet, tale legatum heres ſolvere non tenetur, ne ideo puniatur, quia non fecit quod facere non potuit, vel non debuit. *Vigl. ad d.* §. *impoſſibilis.*

Secundo objicitur *l. ſi Titius.* 16. *ff. de cond. inſt.* ubi conditio

perplexa, quæ ita in ſe revolvitur, ut exitum non reperiat, pro impoſſibili habetur; quæ tamen conditio vitiat inſtitutionem heredis. Reſp. Ea impoſſibilitas quæ non eſt in ſola conditione, ſed in principali diſpoſitione ad conditionem relata, vitiat quoque teſtamenta. *Baro. ad* §. *ſi impoſſibilis. inſtit. de inut. ſtip. Mercer. lib.* 1. *opin. c.* 15.

Tertio obſtat *l. cum heres.* 4. §. 1. *ff. de ſtatu lib.* ubi libertas ita relicta eſt, *liber eſto, ſi millies dederis*, id eſt, millies centena millia nummorum, ut interpretatur *Anton. Auguſt. lib.* 2. *emendat. c.* 6. Hæc conditio pene impoſſibilis eſt, & ideo inutilis eſt libertatis datio. Reſp. Ea conditio proprie non eſt impoſſibilis. Impoſſibilis eſt, cui rerum natura obſtat, ut puta, *Si mare ebiberis. ſi degito cœlum tetigeris.* Illa conditio proprie dicitur eſſe indifficilis, cui rerum natura non obſtat, ſed habendi difficultas quædam, ideoque ea conditio ſuſpendit libertatem. arg. *l. continuus.* 137. §. *illud.* 4. *ff. de V. O.* Conditio impoſſibilis nihil ſuſpendit, ſed pro non ſcripta habetur. Aliam ſolutionem vide apud *Anton. Fabrum lib.* 6. *conject. c.* 12.

Quarto objicitur *l.* 6. *ff. de cond. inſt.* ubi dicitur, ſi quis inſtitutus ſit ſub conditione, *ſi intra triduum poſt mortem teſtatoris fecerit monumentum*, cum impoſſibile ſit intra triduum monumentum perfici, quod conditio evaneſcat quaſi impoſſibilis. Reſp. locus ille ita intelligendus eſt, non quod inſtitutio hoc modo facta ſit inutilis, ſed quod tempus in conditione appoſitum pro nihilo habeatur, tantumque temporis conceditur a judice, intra quod monumentum perfici poterit. Hoc enim in bonæ fidei contractibus, & legatis, & heredum inſtitutionibus obtinet, ut ob temporis anguſtiam non vitientur, ſed tantum temporis judicis arbitrio concedatur, intra quod actus perfici poterit. *l. inſulam.* 58. §. 1. *ff. locat. conduct.* Quod diverſimode in contractibus ſtricti juris obtinet, qui propter anguſtiam temporis vitiantur. *l.* 2. §. *qui ita.* 6. *ff. de eo quod cert. loc. dari oport. Menoch. de arb. jud. lib.* 2. *cent.* 5. *quaeſt.* 80.

Ultimo opponitur, quod impoſſibilis conditio innominatis contractibus adjecta eos non vitiat, Qui enim dat aliquid, ut fiat impoſſibile, ſiquidem ſciens conditionem impoſſibilem dat, non habet condictionem: ſin autem ignorans dat, conceditur repetitio dati. Probat hoc *l.* 6. *C. de cond. ob cauſ. dat.* ubi dicitur, quod qui ignorans dedit filiæ liberæ manumittendæ cauſa, repetat. Ergo ſi ſciens det, condicere non poteſt. Idem evincitur ex *l.* 8. *C. d. tit.* ubi datum ob cauſam repeti traditur, ſi cauſa non ſequatur, niſi conditio impoſſibilis ſit adjecta. Sic in *l.* 5. *C. eod.* ſtatuendum, ignoranter aliquid datum militi, ut negotia aliena procuraret, quo caſu datur condictio dati, cum miles non poſſit eſſe procurator alterius. *l. militem.* 7. *C. de procur.* Ad hæc reſpondendum, quod in hoc propoſito accipiatur conditio pro modo. Conditio impoſſibilis

ſibilis vitiat contractum, veluti, *ſi cælum aſcenderis, ſi mare ebiberis*, quia hæc obligatio nunquam exiſtere aut incipere potuit. Quod autem ſub modo datur, hoc ſtatim effectum habet, etiamſi modus non poſſit ſequi, id eſt, dominium ex obligatione modali ſtatim transfertur, nec revocatur propter modum non ſecutum, niſi ab ignorante datum ſit. *l. Mavia.* 44. *ff. de manumiſſ. teſtam.* Conditio ſuſpendit obligationem, modus non item. *l. cum ab eo.* 41. *ff. de contr. empt. addit. ad. gl. in d. l.* 8.

ASSERTIO LXVII.

Filius fideicommiſſo gravatus, unam tantum quadrantem detrahere poteſt jure civili.

Confirmatur hæc ſententia per *l. jubemus.* 6. *C. ad SC. Treb.* ubi diſerte ſtatuitur, quod filii rogati reſtituere portionem ſuam hereditatis, retenta quarta ex SCti Trebelliani diſpoſitione, dodrantem reſtituant. Verum cum jure novellarum aucta ſit legitima liberorum, permiſſum eſt filiis de hereditate reſtituenda gravatis, portionem legitimam, hoc eſt, trientem vel ſemiſſem pro numero liberorum retinere. Ita expreſſe decidit *novella.* 39. *cap.* 1. in princ.

Secundum argumentum eſt ab intelligentia humani animi, & communi intellectu depromptum, nimirum, quia quadrantis appellatio, cum ſit pars aſſis, concipi animo & intellectu nequit, niſi ſuperſit & reliquus maneat ex aſſe dodrans. Cum igitur filius pro legitima unum quadrantem detraxit, non poteſt præterea alterum Trebellianicæ nomine detrahere, ut integer maneat dodrans fideicommiſſario.

Tertium argumentum. Lex Falcidia conſtituit, ut omnino liberum ſit dodrantem bonorum legatis erogare, & de eo diſponere pro ſuo arbitrio. *l.* 1. *ff. ad l. Falc.* Eodem autem conſilio & fine introducta eſt Trebellianica portio, quo Falcidia: ne libera teſtandi facultas ultra dodrantem minuatur. §. *ſed quia.* 5. *inſt. de fideicom. hereditat. &c.*

Quartum. Vis, natura & proprietas quartarum hæc eſt, ut unius deductio & perceptio impediat & excludat aliam, & altera in alteram imputetur. *l. Papinianus.* 8. §. *ſi quis impubes.* 15. *ff. de inoff. teſt.* ubi hoc tribus quartarum ſpeciebus probatur.

Contra hanc theſin adfertur tale argumentum: quod quarta legitima debetur jure naturæ ut filio, altera illi debetur ut extraneo, ſeu ut inſtituto heredi, ex SCto Trebelliano. Quoties autem duplex auxilium ex diverſis cauſis alicui defertur, utrunque locum habet. arg. *l. qui non militabat.* 78. §. *ult. ff de hered. inſt. l. quoties.* 91. *ff. de R. J. l. tutorum.* 22. *ff. de his quæ ut indign. auſer.* Reſp.

In

In legitimam computantur quæcunque capit filius jure hereditario ex bonis defuncti. Ergo & quarta Trebellianica, quæ capitur jure inſtitutionis, computatur in legitimam portionem filio debitam. *l. ex tribus.* 26. *l. quoniam novella.* 29. *C. de inoff. teſtam.* Item in quartam Trebellianicam computantur omnia, non ſolum quæ jure inſtitutionis, ſed etiam quæ ullo modo mortis cauſa capiuntur. *l. in quartam.* 91. *l. acceptis.* 93. *ff. ad l. Falc.*

Secundo opponitur, quod filius legitimam jure naturæ capiat, ut debitum quoddam. *nov.* 1. *de hered. & Falcid. in præfat.* §. 2. & *c.* 1. §. 1. Unde videtur, quod de reſiduo detrahat adhuc quartam Trebellianicam. arg. *l. irritum.* 8. *C. ad. l. Falc.* Reſp. Legitima non dicitur efficaciter debitum a patre, quia eo nomine non competit aliqua actio filio contra patrem, ſed naturale debitum appellatur in *l. ſcimus.* 36. §. *illud.* 2. *C. de inoff. teſt.* ideo quia pater filium ea defraudare non poſſit, niſi juſtam ingratitudinis cauſam committat. Unde & filius nihilominus in legitima inſtitui poteſt, & tenet ea inſtitutio, capitque eam tanquam heres.

Tertio objicitur *l. quoties.* 67. *ff. ad l. Falc.* ubi ex duabus legibus deductio conceditur heredi, ex duplici cauſa deductionis. Cum enim alicui plus legatum eſſet, quam ei capere liceret, detrahitur prius Falcidia, tum id quod capere non poteſt ex lege Julia. Ergo eodem exemplo in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione, deductio fieri poterit tam quartæ legitimæ ex l. Glicia. quam quadrantis ex *SC.* Trebelliano. Reſp. Hoc diſſimilis deductionis cauſa fieri vetat. Nam in ſpecie. *d. l. quoties.* partem heres retinet jure ſuo, partem vero vitio legatarii. In propoſita vero ſpecie utramque partem ſuo jure habere contendit, ut filius, & ut heres ſcriptus. Quod leges non permittunt. Sic & nepos, ab avo adrogatus & exheredatus, non exercet querelam inofficioſi, quaſi non habeat legitimam, cum habeat quartam debitam adrogatis ex conſtitutione D. Pii. *l. Papinianus.* 8. §. *ſi quis impubes.* 15. *ff. de inoff. teſt.* Ita eleganter & pulchre tradit ſubtiliſſimus & acutiſſimus *Cujac. lib. obſ.* 8. *c.* 2.

Contraria autem ſententia, quod filius rogatus reſtituere hereditatem, poſſit detrahere legitimam, ſimulque quartam Trebellianicam, jure canonico eſt prodita & expreſſa, eaque toto terrarum orbe in ſcholis & judiciis eſt recepta, teſte *Guidone Papa quæſt.* 52. Eaque ſententia judicando approbata eſt in curia Hollandiæ, uti relatum extat in deciſionibus curiæ Hollandiæ, *deciſ.* 17. anno 1583. 9. Januarii. Vide *Hotom. in ill. quæſt. quæſt. ult.* ubi communem Canoniſtarum ſententiam graviter & erudite impugnat. Sic ergo ſtatuendum eſt, quod jure civili filius rogatus reſtituere hereditatem, duas quartas non detrahit. *l. quoniam.* 10. *C. ad l. Falcid. l. coheredi.* 41. §. *cum filia.* 2. *ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* ſed juris canonici auctoritate retinet. *c. Raynucius extr. de teſtam.* Itaque

que hujus controverſiæ hæc deciſio communiter a DD. eſt approbata; quod ſi filius juſſus eſt reſtituere hereditatem, ut tunc ſemis hereditatis illi adjudicetur pro utraque quarta, detrahendo illi legitimæ nomine trientem & quadrantem, trebellianicæ quartæ vice, ex beſſe reſtante. Ita in judiciis quotidie obſervari, notat *Claudius de Battandier, in tractatu de legitima. artic.* 13. *num.* 68.

ASSERTIO LXVIII.

Liberi non tenentur ſimplicem donationem a parentibus ſibi factam conferre; juxta communem DD. opinionem.

Difficilis eſt & abſtruſa quæſtio. an ſimplex donatio a parentibus liberis facta, poſt mortem parentum ſit conferenda, & æqualiter cum reliquis fratribus dividenda. Et verior ſaniorque eſt ſententia, quam etiam uſu fori hodie obtinere notat *Weſemb. in parat. ff. de collat.* quod ſimplex donatio non conferatur: quæ comprobatur hiſce firmiſſimis rationibus.

Primo ſi fiat hæc liberis ſuis, & in poteſtate patris conſtitutis, ideo non confertur, quia morte patris demum convaleſcit donatio. *l.* 25. *C. de donat. int. vir. & ux.* Quæ vero poſt mortem patris demum acquirunt liberi, ea non coguntur conferre. *l. a patre.* 10. *l. nec emancipati.* 15. *C. de collat.* Secundo quod ſi emancipato filio fiat donatio, ideo non confertur, quia eo ipſo quod donatio valuit, efficaciter res eſt alienata, atque ita ut extraneus heres inſtitutus non confert, ita nec filius emancipatus.

Sed in hac quæſtione difficilis occurrit antinomia inter *l. filia.* 18. *C. famil. erciſc.* & *l. ſi donatione.* 13. *C. de collat.* Nam in *l. filia.* aperte deciditur, quod filia donationem a patre ſibi factam, non teneatur fratribus conferre. Contrarium in *l. ſi donatione.* aſſeritur, quod filia fundum a patre ſibi donatum, cum ſororibus cæteris communicare & dividere teneatur. Verior mihi videtur reſponſio *Cujacii lib. obſ.* 3. *c.* 30. & *lib.* 9. *c.* 17. tradita, quod in ſpecie. *l. filia.* non fuit locus collationi, quia ex teſtamento ſucceſſerunt liberi. Cum enim expreſſe ibi dicatur, ſi non contrarium patris judicium probetur, filiam rem ſibi donatam a patre debere præcipuam habere, apparet hoc procedere, quoties liberi ex teſtamento patri ſuccedunt. *l.* 1. *C. de collat.* At in ſpecie *d. l. ſi donatione.* fuit collationi locus, quia ab inteſtato fuit ſucceſſio delata. Verum hodie ex *nov.* 11. etiam ex teſtamento inter liberos locum habet collatio.

Secundo vehementer inter ſe pugnant *l. ut liberis.* 17. in fin. *C. de collat.* cum *l. penult. C. eod.* nam in *l.* 17. ſtatuitur, ea quæ parentes liberis in ipſa emancipatione donant, conferri. Contra in

l. penult.

l. penult. ſtatuitur, ſimplicem donationem factam a patre liberis, non venire in collationem, niſi pater tempore donationis hanc legem ſuæ liberalitati impoſuerit. Hæc antinomia videtur ita conciliandа, quod in *d. l. ut liberis.* non agatur de ſimplici donatione, ſed de donatione, quæ fit ob cauſam. puta quam parentes faciunt liberis tempore emancipationis, ut habeant quo ſe ipſos, liberos, uxorem, ſuamque familiam honeſte alere & tueri poſſint. per *l. ult. C. de emanc. lib.* Donationes vero ob cauſam. quales ſunt donatio propter nuptias, & dos in collationem veniunt. *d. l. ut liberis.* & *l. filia.* 12. *C. eod.* Sed *d. l. penult.* agit de ſimplici, pura & propria donatione facta a patre filiis, quæ non confertur. Ita tradit *Cynus ad d. l. ut liberis. C. de collat.* qui notat totam illam *l. ut. liberis.* loqui de donatione ob cauſam, non de donatione ſimplici. Adde quod in *l. ut liberis.* Imp. Leo tradat jus vetus, cum dicat *ſe hoc pro tenore præcedentium legum ſtatuere.* Verum in *l. penult.* quæ eſt Juſtiniani ſtatuitur jus novum quo derogatur antiquo juri, ibique expreſſe ſtatuitur, quod ſimplex donatio hodie juri novo non conferatur.

Porro hæc deciſio, quod ſimplex donatio non conferatur inter liberos, ceſſat duobus caſibus. Primo ſi eſſet inæqualitas, utputa quia unus liberorum accepiſſet dotem aut donationem propter nuptias, quam conferret, alius vero haberet ſimplicem donationem: tunc enim hinc inde fit collatio. Secundo ſi expreſſe dixit donator, ut fieret collatio. *d. l. penult. l. ſi quando.* 35. §. *& generaliter.* 2. *C. de inoff. teſtam.* Non obſt. textus de jure novo, in *auth. ex teſtamento. C. de collat.* ubi traditur, quod ita demum ceſſat collatio dotis, & aliorum datorum, ſi pater hoc expreſſe dixit. Ergo nihil dicendo, nec proteſtando ſemper habet locum collatio, quia ille textus debet intelligi de donationibus ob cauſam, ſimilibus doti, quia dictio *alius, alia, aliud*, poſita in *d. auth. ex teſtamento.* eſt repetitium ſimilium text. in *l. plures apochis.* 19. *C. de fid. inſtr. &c.* juncta *gl. in l. per diverſas. C. mandat.* Itaque cum dicit in *d. auth. ex teſtamento.* quod *ceſſat dotis, & aliorum datorum collatio, ſi pater hoc expreſſe deſignavit*, intellige aliorum datorum ob cauſam, puta dotis, vel donationis propter nuptias, & cauſa militiæ. Ita recte notat *Accurſ. in d. auth. ex teſtamento.* Approbat & ſequitur *Gomez. ad ll. Tauri. l. 29. num. 26.*

Dicitur autem donatio ſimplex, quando pater bona certa donat filiofam. inter vivos, quemadmodum talis donatio fit inter extraneos. Item quando pater emit fundos filii nomine, eique tradidit, cenſetur ſimplex donatio. *l. filia.* 18. *C. famil. erciſc.* Quando autem pater donat filiofam. bona aliqua, ut ea habeat in peculio, utputa cum dixit: *Fili tene, do tibi iſtas res, & ſeparatim adminiſtra a rationibus & bonis meis*; tunc filius non habebebit ea præcipua; ſed venient in collationem. *l. certum.* 13. *C. famil. erciſc. l. filia licet.*

12. C.

12. *C. de collat. Petr. Jacob. in pract. libel. in integ. reſtit in act. reſciſſ. perſonali.* Vide latiùs de hac quæſtione *Fachin. lib. 5. controv. juris c.* 80. & *lib. 6. c.* 64. & 65. ubi notat hanc ſententiam DD. magis eſſe communem. quod donatio ſimplex non conferatur inter liberos. *d. c.* 80. Idem tradit *Vitalis in tractat. de coll. quæſt.* 1. *num.* 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

ASSERTIO LXIX.

Fratrum filii ſuccedunt patruo in capita, non in ſtirpes; contra SONSBECIUM.

GRavis eſt & anceps inter DD. digladiatio, ſi fratrum filii ſoli inter ſe ſuccedunt patruo, an tunc hereditatis diviſio fiat in ſtirpes, an vero in capita. Gl. Bart. Cyn. & Angel. tradunt in ſtirpes eos ſuccedere. Quibus noviſſime adſtipulatur *Sonſbecius in comment. feud. parte.* 9. *num.* 100 & multis ſeqq. Verum *Azo* & *Salyc. in Auth. ceſſante. C. de legit. hered.* docent eos in capita ſuccedere, hoc eſt, hereditatem patrui æqualiter inter ſe partiri, ſecundum numerum perſonarum. per *l.* 1. §. *interdum.* 5. *ff. ſi pars hered. pet.* & *l.* 2. §. *hac hereditas.* 2. *ff. de ſuis & legit. hered.* ubi expreſſis verbis iſte caſus deciditur: quos ſequitur *Zaſius in ſingul. intellect. lib.* 1. *c.* 7. & *Hotom. in illuſt. quæſt. quæſt.* 14. ubi affirmat, hanc ſententiam Galliæ parlamentis & in comitiis Germaniæ eſſe approbatam. Idem teſtatur *Guido papa. quæſt.* 143. Sequuntur hanc opinionem *Donell. lib.* 9. *comment. c.* 4. *Vaudus libr.* 1. *quæſt. jur. c.* 24. *Harprecht. ad princ. tit. inſt. de hered. qua ab inteſt. num.* 368. & ſeqq. *Duaren. in conſuet. feud. cap.* 8. *num.* 11. & *cap.* 11. *num.* 4. *Cujac.* 2. *feud. c.* 11. *Borchol. c.* 7. *de feud.* Vide omnino, quæ ad hanc quæſtionem eleganter diſſeruit *Anton. Faber in diſputatione forenſi* ſubjecta *tractatui de re nummata.*

Hæc concluſio probatur hoc invicto argumento. Hereditas inter eos qui pari gradu diſtant, pariter æqualiterque dividenda eſt. *d.* §. *hac hereditas.* Cum ergo fratrum filii pari gradu a patruo diſtent, æqualiter quoque inter ſe hereditatem diſtribuent, hoc eſt, in capita, & ſecundum numerum perſonarum.

Verum in contrarium adfertur §. *ſi defunctus. nov.* 118. ubi deciditur, quod fratres & fratrum filii in hereditate patrui ſuccedant in ſtirpes. Reſp. Tunc demum fratrum filii in ſtirpes ſuccedunt, quando una cum ſuis patruis & avunculis ad hereditatem patrui ſui vocantur. Eo namque caſu fratrum filii beneficio repræſentationis ſuccedunt, cujus repræſentationis hic eſt effectus, ut ſucceſſio in ſtirpes dividatur. *Hotom. d. loco.* Repræſentationis enim jure venire, eſt in locum ac vicem patris ſui intrare, ac eam partem accipere, quam pater, ſi vixiſſet, habiturus eſſet, quod eſt in ſtirpes ſuc-

ſuccedere. Quod beneficium repræſentationis competit ſolis fratrum filiis, quando una cum patruis in ſucceſſione concurrunt, non quando ſoli inter ſe ſuccedunt patruo: quia tunc jure proprio, & ex ſua perſona, non alieno beneficio ſuccedunt. Itaque ſi ſoli veniant, in capita divident hereditatem. Particula enim *tunc*, qua Imp. in *d. nov.* 118. verſ. *ſed & ipſis.* utitur, extremitatem temporis ſignificat. *l.* 4. *ff. de cond. & dem.* & præciſe reſtringit ſucceſſionem in ſtirpes ad eum caſum, quo fratrum filii cum patruis concurrunt, non cum inter ſe ſoli ſuccedunt.

Secundo adfertur hoc argumentum. Fratrum filii excludunt patruum defuncti, qui ſimiliter in tertio gradu eſt. *d.* §. *ſi defunctus.* verſ. *illud palam eſt.* Hoc non fit alia ratione, quam quia repræſentant patrem ſuum, qui ſi viveret, patruum defuncti excluderet, quia uno gradu ipſum præcedit. Ideoque filii fratrum ibi in ſtirpes neceſſario ſuccedunt. Reſp. Hoc fit ideo, quia naturaliter ſucceſſio ab inteſtato magis ad deſcendentes quam ad aſcendentes devolvitur, cum votum hominum ſit, ut poſteris ſuis ſeu deſcendentibus potius, quam majoribus, vel iis qui parentum loco ſunt, bona ſua relinquant. *l. nam. & ſi.* 15. *ff. de inoff. teſt.*

Tertio Sonsbecius ex *d.* §. *unde conſequens eſt. nov.* 118. *c.* 3. tale argumentum adducit: Ibi ſtatuitur, quod ſi defunctus reliquit fratrem ex uno latere junctum, & fratris ex utroque latere conjuncti filios, quod hi fratris filii excludant in ſucceſſione patruum ex uno latere conjunctum. Quod fieri non poſſet, niſi illi fratrum filii patrem ſuum repræſentarent: cum enim frater ex uno latere conjunctus præcedat eos uno gradu, non poſſunt fratrum filii eum a ſucceſſione excludere, niſi jure repræſentationis ſuccedant in locum patris. Itaque cum veniant jure repræſentationis, debent in ſtirpes, non in capita ſuccedere, alioqui patrem non repræſentarent. Reſp. Ideo ibi fratrum filii in ſtirpes ſuccedunt, quia veniunt ad excluſionem patrui ſuperſtitis ex uno latere juncti, neque inter ſe ſoli de ſucceſſione contendunt. Præterea idcirco ibi fratrum filii jure repreſentationis ſuccedunt in ſtirpes, quia ex duplici latere ſeu vinculo cognationis attingunt patruum defunctum, frater vero ſuperſtes ex uno tantum latere illi junctus eſt cognatione: atqui duo vincula magis lignant, quam unum.

Quarto opponit *Sonsbecius.* §. *ſi vero neque fratres.* 1. *d. nov.* 118. *c.* 3. ubi aſſeritur, quod poſt fratres & fratrum filios reliqui cognati vocabuntur ad ſucceſſionem in capita, & non in ſtirpes. Ergo ſi ſint fratrum filii ſuccedent in ſtirpes, cum ſucceſſionem in capita admittat Imp. ſolum poſt fratres & fratrum filios. Reſp. Sonsbecius non bona fide recitat textum, nam inſeritur in *d.* §. *ſi vero neque fratres.* hæc clauſula: *Si non extent fratres & fratrum filii, ſicut diximus, tunc hereditas dividetur in capita.* At vero Imp. ſolum ante conſtituit, quid juris eſſet in ſucceſſione patruelium, quando ve-

vocantur cum propriis patruis vel avunculis ad hereditatem patrui, non ubi inter ſe ſoli ſuccedunt. Et hæc ſententia, quod patrueles cum inter ſe ſoli ſunt, ſuccedant patruo in capita, & non in ſtirpes, poſt varios conflictus DD. crebrius obtinuit, & in Germania ſervatur conſtitutione Caroli V. Imp. anno 29. in Comitiis Spirenſibus approbata, ſub *tit. Wie Bruder end Schweſter Kindern Forſter. lib.* 8. *de ſucceſſ. ab inteſt. c.* 3. *teſte Minſ. cent.* 3. *obſ.* 94. vide *Fachin. lib.* 6. *controverſ. jur. c.* 3. qui plane ſententiæ noſtræ ſuffragatur, & argumentis Sonsbecii ſolide & copioſe reſpondet. Poſtremo notandum quod jure ſtatutario Hollandiæ hæc ſententia etiam obſervatur in ſucceſſione feudorum, uti atteſtatur Celeberrimus JC. *Cornelius Neoſtadius* in eleganti *tractatu* ſuo *de ſucceſſione feud. juris ſcripti Hollandici. c.* 6. *de ſucceſſ. feud. patr. num.* 7. ubi ita ſcriptum reliquit: *Soli autem fratrum filii ex Azonis ſententia, poſt inextricabilem interpretum conflictum, & non niſi Imperatoria auctoritate deciſum, viritim, ſeu in capita, defuncto patruo ſuccedunt.*

Assertio LXX.

Donator non tenetur de evictione, niſi ad eam ſe nominatim obligaverit.

Generalis & certa juris regula eſt, quæ recitatur a *Paulo libro* 5. *ſentent. tit.* 11. quod lucrativæ rei poſſeſſores ab evictionis actione depelluntur: Cum ergo donatio ſit titulus lucrativus, ſequitur, quod donator evictionis nomine non teneatur, ſed tradendo liberetur, ne liberalitatis ſuæ merito in damnum incidat, niſi illius rei periculum nominatim in ſe receperit. *l. Ariſto.* 18. §. *ult. ff. de donat. l.* 2. *C. de evict. l. Julianus.* 131. §. *ult. ff. de V. O. Faber ad* §. *alia. inſtitut. de donat.* Additur & alia exceptio, niſi ſciens & dolo malo rem alienam donaverit: tunc enim conveniri poteſt de dolo. *d. l. Ariſto.* §. *ult. l. ad res donatas.* 62. *ff. de ædil. edict.*

DD. communiter ita diſtinguunt. Aut donatio incipit á promiſſione, aut a traditione. Si a promiſſione, tenetur de evictione donator: ſi a traditione, non tenetur, ſed communis illa diſtinctio non ſubſiſtit. Cur enim qui promiſit ſe donaturum, gravius duriuſve devincietur, quam qui ſtatim rem donavit. *Zoares in addit. ad Gomez. ad tit. de empt. & vend.* Refutatur & hæc diſtinctio ſolide per *d. l. Julianus.* §. *ult.* ubi a præcedenti conventione incepit donatio, & tamen textus decidit, non agi illo caſu de evictione, ſed traditione protinus reum liberari.

Objicitur *l.* 1. *C. de jur. dot.* ubi ſtatuitur, quod qui rem alienam in dotem dedit, ſi a traditione incepit, evictionem non præ-

ſtat: Si autem a pactione & promiſſione incepit, tunc quia non corpus, ſed id quod intereſt donatarii, ſpectatur, evictio præſtatur. Ergo quia donatio hodie nudo pacto & promiſſione perficitur, *l. ſi quis argentum.* 35. §. *ſed ſiquidem.* 5. *C. de donat.* tenetur donator de evictione. Reſp. Alia eſt cauſa donationis, alia dotis: nam dos non liberalitatis cauſa datur, ſicut donatio, ſed propter onera matrimonii, *l. dotem.* 16. *ff. de caſtr. pecul.* & dos non eſt cauſa lucrativa ex parte ejus, qui dotem accipit, ſed onerosa. *l. ex promiſſione.* 19. *ff. de obl. & act.* Itaque non eſt mirum quod promiſſor dotis teneatur præſtare, ut ea marito frui liceat. At iniquum eſt donatorem ex ſua liberalitate damnum facere. *l.* 50. *ff. de re jud.*

Secundo objicitur. Qui ad dandum tenetur, cogitur rem facere accipientis. *l. ubi autem.* 75. §. *ult. ff. de V. O.* Sed donator tenetur ad dandum. Ergo tenetur transferre dominium: *l. ſenatus.* 35. §. 1. *ff. de mort. cauſ. donat.* & per conſequens de evictione tenetur. Reſp. Imp. ait in *l. ſi quis argentum.* 35. §. *ſed ſiquidem.* 5. *C. donat.* teneri donatorem res donatas tradere, & quod dicitur donatorem ad dandum teneri, hoc de iis rebus accipiendum eſt, quas dare, id eſt, accipientis facere poteſt, hoc eſt, de rebus propriis, non alienis.

Assertio LXXI.

Donatio omnium bonorum, certæve illorum partis, valet.

Comprobatur hæc aſſertio ex *l. omnes.* 17. §. 1. *ff. quæ in fraud. cred. fact. ſunt ut reſtit.* ubi donatio omnium bonorum inter vivos valida cenſetur, niſi in fraudem creditorum facta ſit. Secundo hanc deciſionem expreſſa conſtitutio Juſtiniani comprobat, in *l. ſi quis argentum.* 35. §. *ſed etſi.* 5. *C. de donat.* ubi donatio aſſis bonorum, vel certæ partis efficax eſt & valida, ita ut totam ſubſtantiam donator tradere teneatur.

Verum objicitur, quod per hanc donationem aufertur donatori libera teſtamenti factio, quia qui univerſa bona ſua donat, nihil retinet, de quo teſtari poſſit. Deinde per pactum efficit aliquem heredem, hereditas autem pactis non poteſt deferri. *l.* 4. *C. de inut. ſtip. l. cum duobus.* 52. §. *idem reſpondit.* 9. *ff. pro ſoc.* Reſp. Donatori ſemper aliquid relinquitur, unde ſe tueri & teſtari poſſit; quia in generali obligatione & alienatione bonorum ea non continentur, quæ veriſimile eſt ſpecialiter quenquam alienaturum non fuiſſe: ut ſunt veſtes, ſupellex, jumenta, mancipia & miniſteria neceſſaria, de quibus moribundus donator diſponere poteſt. *l. obligatione.* 6. cum *l. ſeqq. ff. de pignor.* Secundo qui donat omnia ſua bona, tantum præſentia, non futura donare intelligitur: quia vocabulum *ſua vel mea* denotat proprietatem, & ad præſens tempus reſtrin-

ſtringitur. *l. ſi ita.* 7. *ff. de aur. & arg. leg.* Quia vero quilibet homo natura præſumitur induſtrius ad acquirendum, & bona ſua labore & cultura in futurum amplificare velle cenſetur, qui omnia ſua bona donat, cum ſpem habeat futuræ acquiſitionis, adhuc aliquid reſervat, de quo pro libito poſſit diſpónere & teſtari. *l. ſi creditores.* 5. *ff. de ſeparat. l. ſi defunctus.* 10. *C. arbit. tutel.* Concluditur itaque, donationem omnium bonorum inter vivos, quoad præſentia valere, quoad futura vero nihil actum cenſeri. *Hotom. in tract. de donat.* circa fin. *Guid. Pap. conſ.* 114. Huic ſententiæ ſubſcribit *Ferrar. in form. lib. pro donat*, ubi notat utile conſilium eſſe donatori, ut in univerſali donatione reſervet ſibi aliqua bona de quibus poſſit teſtari. *Praſ. Ever. conſ.* 116. *num.* 2. ubi concludit quod donatio omnium bonorum præſentium & futurorum non valeat: quia qui hoc modo donat, aufert ſibi liberam teſtamenti factionem, cum in hereditate ejus nihil inveniatur tempore mortis, & ſic nullus ejus hereditatem vellet adire. *auth. ingreſſi. C. de SS. eccl. princ. inſt. ad l. Falcid.* Approbant hanc ſententiam *Fachin. lib. 6. controv. jur. c.* 87. *Clarus. lib.* 4. *recept. ſentent.* §. *donatio. quæſt.* 19. & 20. qui notant hanc ſententiam frequentiſſimis DD. ſuffragiis eſſe receptam & approbatam. Diſſentiunt *Anton. Faber in error. pragmat. decade* 48. *error.* 6. 7. & 8. qui ſuſtinet etiam donationem omnium bonorum, tam præſentium, quam futurorum valere. Idem adſtruunt *Vaudus lib.* 1. *quæſt. jur. c.* 31. *Cor. lib. 6. miſcel. c.* 16.

Secundo quod aſſeritur in hac concluſione, in generali donatione bonorum tantum contineri præſentia, non vero futura; contra id adfertur *l. ult. C. quæ res pign. obl. poſſ. &c.* ubi ſtatuitur, quod obligatione ſeu oppignoratione bonorum ſimpliciter facta, continentur etiam bona futura, licet de iis nihil expreſſe dictum ſit. Ergo & in donatione omnium bonorum ſimpliciter facta, continebuntur quoque bona futura: quia uterque contractus tam pignus, quam donatio ſolo conſenſu perficitur. Reſp. Diverſa eſt ratio inter donationem & oppignorationem bonorum: nam ideo futura bona non centinentur in generali donatione bonorum, quia nimis magnum damnum & præjudicium iſta interpretatio adferret donatori, quod non eſt in oppignoratione bonorum, cum per hoc non plus debeat debitor, licet pro ſecuritate debiti bona ſua futura pignori obſtringantur creditori. Ita tradit *Accurſ. in d. l. ult.* Præterea non valet argumentum ab eo qui de lucro captando certat, uti fit in donatore, ad eum, qui de damno vitando contendit: quod in eo procedit, qui res ſuas, & bona ſua pignori obligat.

ASSERTIO LXXII.

A reis capitalium criminum donationes facta non valent, ſi condemnatio ſecuta ſit.

PRobatur hæc ſententia in *l. poſt contractum.* 15. *ff. de donat.* ubi evidenti textu comprobatur. ubi pro iis verbis, *niſi condemnatio ſecuta ſit*, quæ habentur in Pandect. Florentinis, legunt *Haloander* & *Hotom. ſi condemnatio ſecuta ſit.*

Objicitur *l. aufertur.* 46. §. *in reatu.* 6. *ff. de jur. fiſc.* & *l. reo.* 41. *ff. de ſolut.* ubi dicitur, quod ei qui in reatu conſtitutus eſt, bonorum ſuorum adminiſtratio non aufertur, eique recte ſolvitur. Reſp. Aliud eſt donare, aliud bona ſua adminiſtrare. *l. filiusfam.* 7. *ff. de donat.* Unde ex eo, quod bona ſua adminiſtrare poteſt reus criminis capitalis, non ſequitur, quod poſſit donare. Neque reus criminis liberam & plenam habet bonorum ſuorum adminiſtrationem. Quod inde colligitur, quod in *d. l. reo.* & *d. l. aufertur.* §. *in reatu.* tantum dicatur, debitores palam & bona fide ei ſolvere poſſe, ut ſcilicet habeat ſumtus neceſſarios, unde ſe alat reus, non ut clam, aut in fraudem fiſci, ſeu pœnæ futuræ cauſa bona ſua donet vel diſſipet.

Secundo objicitur *l. ſi aliquis.* 7. *ff. de mort. cauſ. donat.* ubi dicitur donationes factas inter vivos a reis capitalium criminum valere, ſi fiant ſine ſuſpicione pœnæ; donationes vero cauſa mortis, ſecuto ſupplicio removeri ut imperfectas. Reſp. Illa differentia inter donationem cauſa mortis, & donationem inter vivos tantum ibi notatur, quod donationes cauſa mortis, etiam ante crimen capitale factæ revocantur, exemplo ultimarum voluntatum, quibus comparantur. Nam & teſtamentum ante admiſſum capitale delictum confectum, ſecuta ſententia capitali ad nihilum redigitur. *l.* 6. §. *irritum.* 5. *ff. de injuſt. rupt. irr. fact. teſt. l.* 8. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* Donationes vero inter vivos, quæ poſt contractum crimen capitale factæ ſunt, non valent, id eſt, revocantur condemnatione ſecuta, ante vero crimen commiſſum factæ valent. Hodie quia ex conſtitutione Juſtiniani bona damnatorum ob delictum non publicantur, ſed aſcendentibus, & deſcendentibus, & cognatis ad tertium uſque gradum relinquuntur. *auth. bona. C. de bon. proſcript.* ideo ſalva manet iis contrahendi & donandi poteſtas. *Weſemb. in paratit. ad tit de donat.* in fin. Ita pulchre & eleganter tradunt *Cujac. lib. obſ.* 6. *c.* 23. *Anton. Fab. lib.* 6. *conject. jur. c. ult. Hotom. in tract. de donat.*

ASSERTIO LXXIII.

Donatio inofficioſa pro modo legitimæ portionis reſcinditur: contra ANTONIUM FABRUM.

DOnatio inofficioſa, per quam liberorum legitima læditur, pro modo tantum legitimæ portionis reſcinditur a liberis, per querelam inofficioſæ donationis. Idque verum eſt, ſive donatio immodica in liberos, ſive in extraneos collata ſit. *l.* 1. & 2. *l. ſi totas.* 5. *C. de inoff. donat.* textus rotundus in *l. ſi liqueat.* 8. in verb. *quod donatum eſt, pro ratione quartæ diminuetur. C. eod.* ubi male hæc verba *pro ratione quartæ* expungenda notat *Faber, lib.* 3. *conject. jur. c.* 17.

Sed adverſatur vehementer *l. ſi unquam.* 8. *C. de revoc. donat.* ubi donatio immodica in extraneum collata, liberis poſtea ſuſceptis, non ex parte, ſed in totum revocatur. Hæc antinomia tali diſtinctione conciliatur. Aut tempore immodicæ donationis pater nullos omnino habuit liberos; & tunc donatio in totum reſcinditur. *d. l. ſi unquam.* Aut pater habuit liberos & tunc ſive in liberos, ſive in extraneos collata fuit donatio, revocatur tantum pro modo legitimæ. *d. l. ſi totas.* Ratio diverſitatis eſt, quia cum pater liberos non habens, extraneis donat, non præſumitur habuiſſe animum donandi ſeu alienandi, liberis poſtea ſupervenientibus: non enim extraneos propriis liberis præſumitur voluiſſe præferre. *l. cum avus.* 102. *ff. de cond. & dem. l. generaliter.* 6. §. 1. *C. de inſt. & ſubſt.* Cum vero tempore donationis liberi extant, tunc aperte de animo & voluntate alienandi conſtat, ceſſatque in eo donatore conjectura pietatis, quem ſatis apparet extraneos liberis voluiſſe anteferre. Itaque cum iſta donatio rata ſit & valida, eatenus tantum reſcinditur, ut liberis legitima ſalva maneat. Hanc diſtinctionem tradit *Hotomannus in diſputatione de quarta legitima.*

Secundo repugnat *l. Titia Sejo.* 87. §. *Imperator.* 3. *ff. de leg.* 2. Cujus facti ſpecies talis eſt. Avia habebat duos nepotes, uni ex his omnia ſua bona donavit: reſcribit Imp. nepotem alterum revocare poſſe donationem pro dimidia parte. Ibi nepos revocat ſemiſſem totius donationis, ergo non reſcinditur donatio inofficioſa pro modo legitimæ liberis debitæ. Reſp. Quod ibi dicitur, donationem pro dimidia revocari, non eſt intelligendum de dimidia totius donationis, ſed de dimidia quartæ portionis, ſive ſeſcuncia, quæ jure veteri erat legitima portio liberorum. Hanc interpretationem confirmat diſerte *l. ſi mater.* 1. *C. de inoff. donat.* Approbant *Cujac. lib. obſerv.* 5. *c.* 14. & *lib.* 20. *c.* 5. ubi tradit hanc ſententiam eſſe veriſſimam, & legibus maxime conſentaneam. *Fachin. lib.* 6. *controv. jur. c.* 24. Diſſentit Faber loco prædicto, qui

donationem inofficioſam per querelam inofficioſæ donationis in ſolidum revocari contendit.

ASSERTIO LXXIV.

Donatio omnium bonorum revocatur, ſi donator poſtea ſuſcepit liberos, ſive liberto, ſive cuicunque alii donavit, ſecundum communem DD. opinionem contra CONNANUM, CORASIUM, HOTOMANNUM, DONELLUM *&* ANTONIUM FABRUM.

CONtrovertitur an conſtitutio *l. ſi unquam.* 8. *C. de revoc. donat.* locum habeat in omni donatore, hoc eſt, ſive patronus liberto, ſive quivis alius omnia ſua bona extraneo donavit, an ea donatio revocetur propter ſupervenientes liberos? Et verior eſt ſententia, quod ad omnes donatores extendatur, ſive quis liberto donaverit omnia ſua bona, ſive extraneo. Idque evidenter ſuadet ratio legis, quæ nititur hac conjectura voluntatis, quod veriſimile non ſit, patrem donaturum fuiſſe extraneo, ſi de liberis cogitaſſet, quodque ſemper in ſucceſſione proprios liberos extraneis præferre voluerit. *l. cum avus.* 102. *ff. de cond. & dem. l. generaliter.* 6. §. *cum autem.* 1. *C. de inſtit. & ſubſtit. l. cum acutiſſimi.* 30. *C. de fideicommiſſ.*

Sed objicitur, quod verba legis tantum de patrono loquantur, qui liberto donat, unde de aliis donatoribus non eſt lex accipienda. Idque maxime propterea receptum eſt, quia ſpecialis quædam ratio obtinet in liberto, ut bona donata non retineat, ſi patrono ſuperveniant liberi, propter ſummum libertatis beneficium collatum, quo libertus obſtrictus eſt ad antidora erga patronum. Nam etſi nihil in bonis haberet patronus, tenetur tamen libertus eum & ejus liberos ex bonis ſuis alere. *l. ſi quis a liberis.* 5. §. *ſolent.* 18. & §. *utrum.* 20. *ff. de agnoſc. & alend. liber. &c.* Reſp. Hæc quidem vera ſunt in perſona liberti, quod facilius ab eo revocanda ſit donatio, quam ab alio: ſed tamen principalis & præcipua ratio, qua nititur deciſio *d. l. ſi unquam.* conſiſtit in conjectura paternæ pietatis, quod veriſimile ſit, patrem extraneos noluiſſe propriæ ſoboli præferre, neque probabile eſt, eum ſi de liberis cogitaſſet, extraneis donaturum fuiſſe. Hæc ratio valet in omnibus donatoribus, ergo & idem jus ſtatuendum eſt. Sic enim & eadem æquitate Papinianus reſpondet, evaneſcere ſubſtitutionem a patre filio factam in reſtituendo fideicommiſſo, ſi filio naſcantur nepotes: quod veriſimile non ſit, teſtatorem cogitaſſe de nepotibus, cum filio extraneos ſubſtitueret: & quod alienas ſucceſſiones propriis non voluiſſe ante-

anteponere præſumatur, ut dicitur in *d. l. cum acutiſſimi.* Hæc ſententia communi interpretum opinione comprobatur: proinde ab ea in judicando & & conſulendo non eſt recedendum. A qua tamen diſceſſerunt ex veteribus Azo, ex recentioribus *Coraſius lib. 7. miſc. c.* 30. *Connan. lib.* 5. *comm. c.* 10. *Donell.* & *Hotom. ad d. l. ſi unquam. Anton. Fab. lib.* 7. *conject. c.* 14. & 15. qui volunt hoc ſingulariter in patrono obtinere, ut ſi ille donaverit liberto omnia bona ſua, vel majorem partem bonorum, quod ea donatio revocetur, ſi patrono ſuperveniant liberi. Idque ea ratione, quod incivile ſit libertum donationis viribus ſubnixum, ſummo jure agere cum patrono, cui non ſolum reverentiam debeat, ſed etiam vitam, & quæ dulcior eſt vita libertatem. Eſt enim libertas res inæſtimabilis, & nullo auro, vel pretio nummario redimenda. *l. libertas.* 122. *ff. de R. J. Terent. in Andr. Feci e ſervo ut eſſes libertus mihi. Summum pretium quod habui, perſolvi tibi. Propterea quod ſerviebas liberaliter.* Poſtremo notandum, quod jure canonico donatio omnium bonorum propter ſupervenientes liberos non revocetur. *c. ult.* 17. *quæſt.* 4. cujus hæc ſunt verba. *Quidam cum filios non haberet, nec ſperaret, res ſuas omnes retento ſibi uſufructu donavit eccleſiæ, nati ſunt illi filii, reddidit Epiſcopus, nec etiam opinanti illi, qui donaverat. In poteſtate habebat Epiſcopus non reddere, ſed jure poli, non jure fori.* Pulchre *Fachin. lib.* 3. *controv. jur. c.* 86. ubi egregie demonſtrat, quod *l. ſi unquam. C. de revoc. donat.* non habeat locum in donatione facta eccleſiæ. Communem opinionem defendunt ex Neotericis *Cujac. lib. obſerv.* 20. *c.* 5. *Fachin. lib.* 3. *controv. jur. c.* 85.

ASSERTIO LXXV.

Donatio inter conjuges morte donantis confirmatur, etiamſi ſtipulatione ſit peracta, & res nondum tradita.

DOnatio inter conjuges conſtante matrimonio non valet; ſed tamen morte & ſilentio donantis confirmatur. Ratio eſt, quia eſt, ſpecies quædam donationis cauſa mortis, utpote quæ morte confirmatur, & dominium vere poſt mortem transfert. *l. cum hic ſtatus.* 32. *ff. de don. int. vir. & ux.* Probat hanc deciſionem aperte *nov.* 62. in princ. ubi dicitur, etiamſi traditio non ſit ſecuta, tamen donatio inter conjuges facta morte mariti confirmatur, ſi modo ſtipulatio intervenit. Idem confirmat. *l. ſi ſtipulata.* 33. in princ. *ff. de don int. vir. & uxor.* & *d. l. cum hic ſtatus.* §. 1. ubi dicitur, donationes inter virum & uxorem præmortuo donatore confirmari, ut & ipſo jure fiant res ejus cui donatæ ſunt, & obligatio ſit civilis.

Quod poſtremum de ſtipulatione adhibita intelligendum eſt. Pugnant enim, rem alicujus fieri, & obligationem naſci. *l.* 3. *ff. de obl. & act.*

Objicitur *l. Papinianus.* 23. *ff. de don. int. vir. & ux.* ubi dicitur, donationes rerum tantum inter conjuges morte confirmari, hoc eſt, eas tantum donationes, in quibus traditio ſecuta eſt, morte confirmari, non vero ſi quid conjunx conjugi ſtipulanti ſpopondit. Reſp. Quod ibi dicitur, donationes rerum inter conjuges morte confirmari, hoc ita accipiendum eſt, quod confirmentur donationes quæ fiunt de præſenti, licet non tradatur res donata. Promiſſiones vero, quibus maritus uxori ſtipulanti ſpopondit ſe donaturum, non confirmantur, quia hæ donationes validæ & perfectæ non ſunt, ſed promiſſiones de donando in futurum conceptæ. arg. *l.* 5. §. *ſtipulatio.* 1. *ff. de V. O.* Idque ea ratione receptum eſt, quod facilius obligemur, quam alicui donemus. *l.* 4. in fin. *ff. ad SC. Vell.* Unde ſi in promiſſione vertitur donatio, quia annuum dari promiſſum eſt, convaleſcit donatio inter conjuges morte donantis. *d. l. ſi ſtipulata. Coraſ. lib.* 5. *miſcel. c.* 1. Si vero quis promittat alicui donaturum per verba de futuro, non cenſetur valida donatio, quia promittens hoc modo non donat in præſenti, ſed paciſcitur ſe daturum in futurum, eaque conventio non eſt donatio, ſed potius pactum de donando: quemadmodum qui promittit ſe venditurum, non vendit, & qui promittit ſe mutuaturum, non mutuat. *l. qui pecuniam.* 30. *ff. ſi cert. pet. l. ſi ſterilis.* 12. §. *ult. ff. de act. empt. Fab. ad* §. *alia. inſt. de donat. num.* 1. & 2. *Alciat. in l. ſi pacto quo pœnam. C. de pact. num.* 2. & 3. Aliam ſolutionem vide apud *Anton. Fabr. in error. pragm. decad.* 42. *error.* 6.

ASSERTIO LXXVI.

Jus venandi feras cuique jure gentium permittitur.

VEnari & aucupari tam in ſolo publico quam privato, tam in proprio quam alieno fundo, item piſcari in flumine publico cuilibet eſt permiſſum. Hic enim modus acquirendi dominium omnium vetuſtiſſimus, ſcilicet occupatio ferarum, jure naturali eſt introductus, in quo hæc regula valet; Quod *omnia animalia, quæ cœlo, terra, marique capiuntur, id eſt, feræ beſtiæ, volucres & piſces, capientium fiant. l.* 1. *ff. de acquir. rer. dom.* §. *feræ.* 12. *inſt. de rer. diviſ.* Quæ aſſertio etiam jure divino comprobatur. Sic enim Deus Opt. Max. Adamum & Evam, & in perſona eorum omnes Adami poſteros alloquitur. *Subjicite vobis terram, & dominamini piſcibus maris, volatilibus cœli, & animantibus univerſis, quæ moventur ſuper terram. Geneſ.* 1. *verſ.* 26. 27. & 28. Cui conſonat teſtimonium *Davidis*, *Pſal.* 8. *Conſtituiſti hominem dominatorem ſuper omnia opera manuum tuarum, omnia ſubjeciſti ſub pedibus ejus,*

oves

oves & boves omnes, & pecora campi, volucres cœli, & piſces maris, qui perambulant ſemitas maris. Nec intereſt, ſive in ſuo fundo, ſive in alieno quis venetur feras vel aucupetur aves, nam utroque caſu, quod quiſque venando vel aucupando capit, id ipſius proprium efficitur. *d. §. feræ. l. 3. ff. de acq. rer. dom.* Hanc ſententiam probant *Weſemb. in d. §. feræ.* & *in parat. de acq. rer. dom. num. 7. Covarruv. in c. peccatum. part. 2. §. 8. num. 5. Coſtal. ad l. Divus. 16. ff. de ſerv. ruſt. præd.* A quibus diſſentit *Cujac. lib. 4. obſ. c. 2.* ubi decidit, feras, poſtquam dominus alium prohibuit fundum ſuum ingredi venandi gratia, non fieri capientis. per *l. in laqueum. 55. ff. de acq. rer. dom.*

Objicitur, quod qui in alienum agrum ingreditur venandi gratia, poteſt a domino ſi is præviderit prohiberi. *l. Divus. 16. ff. de ſerv. ruſt. præd. d. §. feræ.* additurque, non licere invitis dominis in alienis prædiis venari. Ergo non videtur, quod qui cœpit feram in alieno agro, eam ſuam faciat. Reſp. Poteſt quidem ingrediens venandi gratia alienum fundum, a domino prohiberi, teneturque ingrediens contra voluntatem domini actione in factum, vel injuriarum. arg. *l. qui pendentem. 25. ff. de act. empt. l. item apud. 15. ff. de injur.* ſed nihilominus captam avem vel beſtiam ſuam facit, quia non captura ferarum, ſed ingreſſus fundi prohibetur. Injuriam enim facit, qui invito domino alienum fundum ingreditur, ſed non committit injuriam, qui capit id, quod nec ejus domini eſt, nec cujuſquam alterius. *d. l. in laqueum. l. injuriarum. 13. §. ult. ff. de injur. Donell. lib. 4. comm. c. 8.* Diſſentit *Cujac. lib. 4. obſerv. c. 3.* qui tradit captam feram in alieno fundo invito vel prohibente domino non fieri capientis. per *l. in laqueum. 55. ff. de acquir. rer. dom.* Si tamen fructus fundi in venatione conſiſtat, tunc capta fera in alieno fundo non fit capientis. *l. venationem. 26. ff. de uſur.* Ita notant *DD. in d. §. feræ. inſt. de rer. div.*

Secundo odjicitur, quod noviſſimo jure feudorum *Imp. Fredericus* prohibuit *in §. ſi quis ruſticus. 5.* verſ. *nemo retia. lib. 2. feud. tit. 27. de pace tenend. & ejus violat.* ne quis ruſticus vel agricola poſſit venari cum armis, niſi ſolos apros, lupos, urſos, leones, & hujuſmodi feras nocentes. Reſp. Hæc venandi facultas, quæ olim omnibus ex æquo fuit communis: jure noviſſimo nonnihil reſtricta eſt, & ruſticis venatio interdicta, ne ab agricultura vitæ humanæ maxime neceſſaria nimio venandi ſtudio avocarentur. Diſſentit ab hac ſententia *Weſemb. in paratit. ff. de acq. rer. dom.* ubi defendit, quod ſolis Principibus in locis publicis jus & facultas venandi competat. In privatorum prædiis ita demum ſolis Principibus venandi jus tribuitur, ſi privatos prohibuerint a venatione, atque illi huic proviſioni acquieverint. *tit. 57. quæ ſint regal. lib. 2. feud.* in verb. *reditus piſcationum.* Diſſentit etiam poſt alios *Fachin. lib. 1. controv. jur. c. 1.* ubi defendit Principes juſta cauſa ſubſi-

ſiſtente, venationes ſubditis prohibere poſſe, ubi etiam addit, venantes contra Principis edictum, pœna pecuniaria, item carceris, relegationis, imo etiam corporali, nec non capitali pœna afficiendos, ſi modo ſæpius, quam ſemel aut bis contra Principis edictum feras ſint venati. juxta illud Sacræ Scripturæ axioma. *Qui Principi non obedierit, morte moriatur.*

ASSERTIO LXXVII.

Præda ab hoſtibus capta ſit capientis.

PRædæ loco militibus victoribus ea cedunt jure gentium, quæ in juſto & legitimo bello capiuntur ab hoſtibus. §. *item ea quæ.* 17. *inſt. de rer. diviſ. l.* 5. §. *ult.* cum *ll. ſeqq. ff. de acquir. rer. dom.* In quo tamen acquirendi modo hæc obſervatur diſtinctio, ut mobilia capta ab hoſtibus fiant capientium: immobilia autem, ut agri ex hoſtibus capti, publicentur, & fiſco ſeu Principi, qui bellum indixit, applicentur. *l. ſi captivus.* 20. §. 1. *ff. de capt. & poſtl. reverſ.*

Sed objicitur *l. penult. ff. ad l. Jul. pecul.* & *l. penult.* §. *ſimili.* 1. *C. de donat.* ubi deciditur, etiam res mobiles ex prædatione hoſtium ablatas publicari, & in fiſcum redigi, neque cedere prædæ militum. Idem traditur in *l. Divus.* 31. *ff. de jur. fiſc.* ubi dicitur, *captivorum bona in fiſcum omnino eſſe redigenda.* Reſp. Quod dicitur, ſpolia ab hoſtibus capta effici capientium, hoc intelligendum eſt de rebus, quas per excurſiones milites ab hoſtibus diripiunt: hæc enim quibuſcunque occupantibus militibus relinquuntur. Aliud dicendum eſt de præda, quæ in aperto conflictu ſeu exitu belli occupatur poſt victoriam: hæc enim ſolet a ducibus belli pro merito cujuſque inter milites diſtribui: quemadmodum & prædia ab hoſtibus capta, & in publicum redacta militibus ſæpe pro emerito militiæ labore adſignantur. *l. in agris.* 16. *ff. de acq. rer. dom. l. Lucius.* 11. *ff. de evict. l. item ſi verberatum.* 15. §. 1. *ff. de rei vind. Cujac. lib. obſ.* 19. *c.* 8. *Weſemb. ad d.* §. *item ea quæ.* Ita tradit quoque *Bart.* juris lucerna *in l. naturaliter.* §. *ult. ff. de acquir. poſſ.* Quem ſequuntur *Salicet. in l. ab hoſtibus. C. de capt. & poſtl. rev.* & *Grammat. deciſ. Neap.* 71. ubi refert hanc diſtinctionem judicando in regio concilio Neapolitano eſſe approbatam. Et hæc ſententia comprobatur quoque jure divino. Sic de dividenda præda ab hoſtibus capta extat præceptum Dei. *Deuter.* 20. *verſ.* 14. hiſce verbis: *Omnem prædam exercitui divides, & comedes de ſpoliis hoſtium tuorum, quæ Dominus Deus dederit tibi.* Item *Joſua* 22. *verſ.* 8. *Dividite prædam hoſtium cum fratribus veſtris.* Quæ lex etiam repetitur a Moyſe, *Numer.* 31. *verſ.* 26. hiſce verbis: *Dixitque Dominus ad Moyſen, tollite ſummam eorum quæ capta ſunt ab homine uſque*

uſque ad pecus, divideſque ex æquo prædam inter eos qui pugnaverunt, & egreſſi ſunt ad bellum, & omnem reliquam multitudinem, itaque Moyſes devictis Midianitis, prædam omnem in cumulum referri juſſit, & eam diviſit pugnantibus & reliquæ multitudini. Quanquam dicatur *verſ.* 52. *Unuſquiſque quod in præda rapuerat, quod ſuum erat*, hoc intelligi poteſt, quod ſit quidem capientis, ſed poſtea debeat tradi duci exercitus pro diviſione facienda, & ſic etiam docet obſervari *Panorm. ad c. ſicut.* 29. *extr. de jurejur.* per *c. dicat.* 23. *q.* 4. Quæ lex etiam facto Davidis Regis in Iſraël eſt comprobata, ut æqua pars ſit prædæ poſt victoriam, pugnantium, & eorum qui remanſerunt ad ſarcinas. 1. *Reg.* 30. *verſ.* 24. *& ſeq.* Sic & lex fuit antiqua Francorum, ut præda a militibus in unum locum deferretur, & poſtea inter ducem ſeu Regem, & milites ſorte divideretur. Quod tradit *Aymonus libr. de geſtis Francorum. c.* 12. Vide latius de hac quæſtione *P. Gregorium lib.* 11. *de repub. c.* 10. *in c. de legibus quibuſdam erga hoſtes.*

ASSERTIO LXXVIII.

Bonæ fidei poſſeſſor naturales & induſtriales fructus conſumtos ſuos facit.

ANceps & in utranque partem agitata eſt quæſtio, quos fructus bonæ fidei poſſeſſor ſuos faciat. In quo articulo illud indubitatum eſt; quod induſtriales fructus bonæ fidei poſſeſſor lucretur, propter culturam & operam ſuam quam impendit, poſtquam ſcilicet eos percepit & conſumſit. §. *ſi quis a non domino.* 35. *inſt. de rer. diviſ.* §. *& ſi in rem.* 2. in verb. *etſi hereditas. inſt. de off. jud. l. bona fidei.* 48. *ff. de acquir. rer. dom.* Naturales fructus nullus poſſeſſor ſuos facit, vel lucratur ſola perceptione quoque, ſed bonæ fidei poſſeſſor lucratur fructus naturales per conſumtionem.

Probatur hoc primo per *d. l. bona fidei.* & *l.* 4. §. 2. *ff. fin. reg.* in *d. l. bona fidei.* dicitur, quod *bonæ fidei poſſeſſor non tantum eos fructus ſuos facit, qui opera & diligentia ſua provenerunt, ſed omnes.* Quod *d. l.* 4. ita declarat & reſtringit, ut non perceptione ſola fructus ſuos faciat, ſed ita demum, ut conſumti non condicantur. Secundo probatur hoc evidenter per *l.* 4. §. *lana.* 19. *ff. de uſucap.* ubi dicitur, quod lana ovium, quæ refertur inter fructus naturales, item agni, ſint bonæ fidei poſſeſſoris, poſtquam conſumti ſunt. Quamdiu vero extant, non acquiruntur bonæ fidei poſſeſſori, & poſſunt a domino vindicari: ſed poſtquam ab eo conſumti ſunt, conciliatur & confirmatur dominium fructuum per conſumtionem. *l. quæſitum.* 40. in fin. *ff. de acq. rer. dom.* Accurate *Goveanus libro.* 2. *variarum lectionum. c.* 15. *Anton. Fab.*

Fab. lib. 4. *conject. jur. c.* 17. *Vultejus libro unico ſcholaſtic. diſceptat. c. ult.*

Obſtat graviter huic ſententiæ *l. fructus.* 45. *ff. de uſur.* ubi deciditur, quod maritus fructus naturales perceptos ex re ſibi donata ab uxore non lucratur. Reſp. Ibi maritus non habuit juſtum & validum titulum, cum donatio inter virum & uxorem jure non valeat. At vero ut bonæ fidei poſſeſſor lucretur fructus, oportet eum juſto titulo poſſidere. *Weſemb. ad d.* §. *ſi quis a non domino.* Nec obſtant illa verba ſubjecta in *d. l. fructus. non ſit ejus*, fructus ſcilicet naturalis, *ſicut nec cujuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris*: quia verba illa, *nec cujuſlibet*, non univerſaliter, ſed partitive & diſtinctive ſunt accipienda: quaſi dicat JC. non cujuſlibet bonæ fidei poſſoris fiunt fructus naturales, ſed alicujus, qui ſcilicet juſtum titulum habet: quemadmodum a ſimili dicitur, *Non cuivis homini contingit adire Corinthum*, id eſt, alicui tantum homini, contingit adire Corinthum.

Sed tamen iterum *d. l. fructus.* adverſatur. *l. pro oneribus.* 20. *C. de jur. dot.* & *l. ſi fructus.* 8. *C. de donat. inter vir. & ux.* ubi indiſtincte traditur, quod omnes fructus tam induſtriales, quam naturales etiam conſumtos a marito ſibi donatos uxor reddere teneatur, in quantum facta eſt locupletior. Reſp. Quando prædium donatum eſt a viro uxori, vel e converſo, tunc uxor lucratur fructus induſtriales. *l. de fructibus.* 17. *ff. de don. int. vir. & ux. d. l. fructus.* Sed ſi ipſi fructus ſunt donati, non valet donatio, & repetuntur, quantum ſcilicet ipſa eſt facta locupletior. Ita notat *Accurſ. ad d. l. de fructibus.*

Secundo objicitur, quod poſſeſſor hereditatis, licet ſit bonæ fidei tenetur etiam fructus conſumtos reſtituere, quatenus ex iis factus eſt locupletior. *l.* 20. §. *fructus.* 11. *l. ſed etſi.* 25. §. *conſuluit.* cum §. *ſeq. l. cum hereditas.* 56. *ff. de pet. hered.* Reſp. Hoc jus ſingulariter introductum eſt in petitione hereditatis, ex duplici ratione: prima, quia poſſeſſor hereditatis caret titulo: Titulus enim pro herede non eſt juſtus, ſed putativus; *l. pro herede.* 11. *ff. de pet. hered.* altera, quia fructus augent hereditatem, tanquam jus univerſale, & petuntur jure actionis, perinde atque ipſa corpora hereditaria, non judicis officio, ſicut in rei vindicatione fructus reſtitui petuntur. *l.* 1. & 2. *C. de pet. her. l. item veniunt.* 20. cum *ll. ſeqq. ff. de pet. her.* Weſemb. d. loco.

Asser-

ASSERTIO LXXIX.

Si quis ex aliena materia bona fide novam ſpeciem fecit, qua ad priſtinam materiam reverti nequit, fit facientis.

SPecificatio eſt modus acquirendi dominium jure gentium, in quo hæc regula obſervatur. Quod qui ex aliena materia bona fide novam ſpeciem effecit, quæ ad priorem materiam reverti non poteſt, hanc ſibi acquirit. Veluti ſi quis ex alieno hordeo coquat cereviſiam, vel ex alienis tabulis faciat navem vel ædiſicium. *l.* 7. §. *cum quis ex aliena.* 7. *l. in omnibus.* 24. *l. ſed ſi ex meis.* 26. *ff. de acq. rer. dom.* §. *cum ex aliena.* 25. *inſtit. de rer. diviſ.* Ratio eſt, quia forma dat eſſe rei; ſed is qui facit novam ſpeciem, addidit formam. Ergo cum primus produxit rem in rerum naturam, merito facienti debetur dominium. *l. Julianus.* 9. §. *ſi quis.* 2. *ff. ad exhibend.*

Objicitur huic deciſioni hæc regula JCtorum. *Quod ex re mea ſupereſt, id meum eſt, ejuſque vindicandi jus habeo. l. ſolum.* 49. §. 1. *ff. de rei vind. d. l. Julianus.* §. *ſi quis.* 2. *ff. ad exhib.* Reſp. Vera eſt iſta regula, eo caſu, quo quis ſciens ex aliena materia fecit novam ſpeciem; hic non eſt novæ ſpeciei dominus, ſed contra eum ſupereſt materiæ domino ad exhibendum actio. De eo enim aperte loquitur *Paulus in d.* §. *ſi quis.* Unde apparet eum, qui bona fide novam ſpeciem fecit, eum ſpeciei dominum futurum. Ita notat *Donell. lib.* 4. *comm. jur. civ. c.* 12. Vel dicendum, quod ex re mea non mutatum ſupereſt, hoc meum eſt, & id vindicare poſſum; quia ad priſtinam cauſam reverti poteſt. Cum vero nova ſpecies efficitur, quæ non poteſt reduci ad priſtinam materam, tunc prior res extincta cenſetur, ideoque a quo eſt ſpecies nova effecta, ejus eſt merito ipſa res noviter facta. *l. mulieris.* 13. §. 1. *ff. de V. S. l. quid tamen.* 10. §. 3. *ff. quib. mod. uſufr. amitt.*

Secundo adverſatur regula juris, quæ dictat: *Neminem locupletari debere cum alterius jactura. l. nam hoc natura.* 14. *ff. de cond. indeb.* Quod videtur hoc caſu fieri: nam is qui fecit novam ſpeciem, locupletior fit ex re aliena, cum jactura domini materiæ. Reſp. Hoc caſu domino materiæ conſultum eſt actione in factum, contra eum, qui novam ſpeciem fecit, qua materiæ ſuæ amiſſæ æſtimationem conſequitur. *l. in rem.* 23. §. *item quacunque.* 5. verſ. *idoque in omnibus. ff. de rei vind.*

Poſtremo opponitur *l. Minicius.* 61. *ff. de rei vind.* ubi traditur, quod navis ejus ſit, ex cujus materia facta eſt, non autem ejus, qui navem ex alienis tabulis extruxit. Reſp. In ea lege refertur ſententia Sabinianorum, qui indiſtincte dominium novæ ſpeciei addicebant

domino

domino materiæ; quæ tamen ſententia non obtinuit. Nam cùm Sabiniani dominium novæ ſpeciei tribuerent domino materiæ, eo quod ſine materia nulla ſpecies effici poſſet. Proculiani vero addicebant ei, qui novam ſpeciem fecit; media ſententia aliorum JCtorum extitit, qui hoc diſſidium ita compoſuerunt, ut ſi ſpecies reſolvi poſſit in priſtinam materiam, ejus ſit, cujus fuit materia; ut ſi ex alieno ære facta ſit ſtatua, quæ facile reſolvi poteſt in æs. Contra novæ ſpecie dominus ſit qui fecit, ſi non poſſit ſpecies reſolvi in priſtinam materiam. Itaque ſi quis ex alienis tabulis navem fecit, navis ejus erit, qui fecit, quia navis in tabulas reſolvi non poteſt. *d. l. ſi ex meis.* Eaque ſententia probata eſt *a Juſtiniano in d.* §. *cum ex aliena.* Aliter & nove ſtatuit *Anton. Fab. lib. 6. c. ult.* ubi vult ſpeciale jus obtinere in eo, qui ex alienis tabulis navem extruxit, quod ſcilicet pertineat navis ad dominum materiæ, ſeu tabularum. Idque ſpecialiter receptum eſt in navi ædificata, propter eam rationem, quam JC. in *d. l. Minicius.* ſubjungit, *quia proprietas navis carine cauſam ſequitur*, hoc eſt, quoniam carina veluti ſolum navis eſt, cui ſuperficies cedit, ſicuti ædificium ſolo cedit, quia neque ædificium ſine area, neque navis ſine carina ſubſiſtere poteſt.

Assertio LXXX.

Theſaurus in loco publico vel religioſo inventus, pro dimidia parte inventori, pro dimidia fiſco cedit.

Gravis hic occurrit antinomia. Nam in §. *theſauros. 39. inſt. de rer. diviſ.* ſcribit Juſtinianus, ejus eſſe theſaurum, qui eum in ſacro aut religioſo loco invenit. Contrarium in *l. 3.* §. *ult. ff. de jur. fiſc.* Divi fratres conſtituunt, videlicet ſi in locis publicis, religioſiſve theſauri reperiantur, quod media pars fiſco vindicetur. Variæ ſunt ad hanc objectionem reſponſiones: ſed mihi maxime placet conciliatio *Hotomanni in d.* §. *theſauros.* & *Charonda. lib. 1.* πιθανῶν, quam & probant *Alciatus lib. 7. Parergon c. 1.* in fin. & *Franc. Connan. lib. 3. comment. jur. cap. 1.* qui ſtatuunt, diſtinguendum eſſe inter locum ſacrum ſeu religioſum, quod alius locus ſit ſacer quodammodo privatus, veluti quem quiſque ſibi conſtituit illatione mortui in proprium & familiare ſepulchrum, in cujus fundo majores ſui ſunt ſepulturæ conditi: habebant enim veteres ſua familiaria & hereditaria ſepulchra. *l. 5.* & *6. ff. de relig. & ſumpt. fun. &c.* Quem theſaurum ibi quis invenit, ſibi vindicare poteſt, tanquam in ſuo loco fundove repertum. Ita accipiendus eſt. *d.* §. *theſauros.* Divorum vero fratrum reſcriptum de iis locis ſacris accipiendum eſt, in quibus eſt aliquod jus fiſci, & quæ publica auctoritate

ritate ſunt conſtituta, ut ſunt templa & cæmiteria moribus noſtris. In his theſaurus pro dimidia fiſco cedet pro altera parte inventori: eo quod ſacrorum ſeu religioſorum locorum cura ad Principem ſpectat. *l.* 1. & *ult. ff. ne quid in loc. ſacr. fiat.* Et hæc diſtinctio comprobatur noviſſimo jure Feudorum. *tit.* 56. *quæ ſint regal. lib.* 2. *feudor.* ubi dicitur, quæ in locis ſacris vel religioſis reperta ſunt, quod horum dimidia pars Cæſari cedat. Aliter diſſolvit hanc antinomiam *Forner. lib.* 2. *ſelection. c.* 26. Aliter *Contius ad* §. *theſauros. inſt. de rer. div.* Aliter *Joannes Robertus. lib.* 1. *recept. jur. civilis lectionum. c.* 5. Denique *Anton. Auguſt. in lib.* 1. *emendat. jur. c.* 3. tradit hæc duo loca, ſcilicet §. *religioſum. inſt. de rer. diviſ.* & *l.* 3. §. *ſi in locis.* 10. *ff. de jur. fiſc.* adeo contraria & pugnantia eſſe, ut nulla ratione poſſint conciliari. Quem ſequitur *Nicolaus Genoa in tractatu de conciliationibus legum contrariarum, in conciliatione diſſidii inter d. l.* 3. §. *ſi in locis. ff. de jur. fiſc. & d.* §. *theſauros.*

ASSERTIO LXXXI.

Dominium ſine poſſione acquiri non poteſt.

PRobatur hæc theſis in *l. cum res.* 12. *C. de probat. l. qui prædium.* 13. *C. de diſtr. pign.* Ratio propoſitionis eſt, quia cauſa efficiens dominii eſt voluntas transferentis & accipientis; materia, res de qua fit conventio; forma, traditio & apprehenſio vacuæ poſſeſſionis. *l.* 1. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi diciditur, quod dominium rerum cœpit ex naturali poſſeſſione.

Objicitur *l. quiſquis.* 28. *C. de donat.* ubi rei donatæ dominium transfertur ſine traditione, per ſolam retentionem uſusfructus. Reſp. Qui retinet rei donatæ uſumfructum, vi ipſa poſſeſſionem, & per conſequens proprietatem tradidiſſe videtur. Eo ipſo enim quod uſufructuarius eſſe voluit, videtur ad alium transtuliſſe poſſeſſionem, cumque ſuo miniſterio feciſſe poſſeſſorem, *l. quod meo.* 18. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* & per conſequens dominum: quia qui dominus eſt, uſufructuarius eſſe non poteſt: cum res ſua nemini ſerviat. *gl.* elegans in *d. l. quiſquis.*

Secundo objicitur, quod rei hereditariæ & legatæ dominium ipſo jure transfertur in heredem & legatarium, quamvis ejus poſſeſſionem nondum ſint nacti. *l. a Titio.* 64. *ff. de furt. l. legatum.* 80. *ff. de leg.* 2. Reſp. Hoc ideo fit, quia jure civili & legibus XII. tab: illud introductum eſt, ut dominia rei legatæ, & rerum hereditariarum directo a teſtatore in heredem & legatarium tranſeant, ut extrema defunctorum judicia citius ad exitum perducantur: quamvis poſſeſſio defuncti non tranſeat ad heredem ſine corporali apprehenſione poſſeſſionis. *l. cum heredes.* 23. *ff. de aquir. vel amitt. poſſ.*

Tertio

Tertio objicitur *l. ſi fundum*. 16. *ff. de fund. dot.* ubi mulier fundum quem alter bona fide poſſidebat, & prope jam uſuceperat, marito in dotem dedit, quem fundum maritus dicitur poſſe vindicare. Unde apparet fundi dotalis dominium ad maritum tranſlatum eſſe, licet vacua poſſeſſio non ſit ei tradita, utpote cum ab alio poſſeſſio ejus detineretur. Reſp. Ibi dominium fundi dotalis non eſt per traditionem tranſlatum in maritum, ſed mulier actionem ſibi pro fundo dotali competentem tranſtuliſſe cenſetur in maritum: quo facto fundum dotalem tradidiſſe intelligitur: quia dotis datio habet vim ceſſionis actionum. Ordinarium namque & vulgare eſt, ut mulier nomen vel actionem in dotem det. quod tunc facere intelligitur, cum rem dotalem dare aut tradere non poteſt. Præterea dicitur etiam mulier rem doti dare, quando promittit vel deſtinat ſe doti daturum, licet traditio nondum ſit ſecuta. *l. ſi rem æſtimatam*. 14. cum *l. ſeq. ff. de jur. dot. Cont. lib.* 1. *diſp. c.* 8.

Quarto objicitur *l. commiſſoria*. 4. *C. de pact. int. empt. & vend. compoſit.* & *l.* 1. *C. de donat. quæ ſub mod. vel cond. &c.* ubi dominium ſine traditione, vel vacuæ poſſeſſionis apprehenſione acquiritur. Reſp. Non novum dominium ibi acquiritur, ſed vetus, quod ante habuerat dominus. retineri fingitur: quia ea lege & conditione res erat tradita ab initio, ut ſtatim rediret ad dominum conditione commiſſa. Vide plenius & uberius de hac quæſtione diſſerentem *Franc. Hotom. in illuſtr. quæſt. quæſt.* 11. ubi ſeptem objectionibus contra hanc aſſertionem allatis erudite & ſolide reſpondet. Amplectuntur & probant hanc ſententiam *Connan. lib.* 1. *comment. jur. cap.* 8. *Minſ. cent.* 1. *obſ.* 53. *Godæus ad l.* 188. *ff. de V. S.* Contrariam ſententiam, quod etiam ſine poſſeſſionis traditione dominia transferuntur, tenent & ſequuntur *Donell.* 4. *comment. jur. c.* 19. *Philipp. Matthæus ad l.* 11. *ff. de R. J. Petrus Gilken ad l.* 12. *C. de probat.* ubi idem tradunt *Cynus, Bartolus, Baldus, Salycetus, Angelus* & *Fulgoſius*.

ASSERTIO LXXXII.

Unum tantum eſt genus poſſeſſionis, & duo in ſolidum ejuſdem rei poſſeſſores eſſe non poſſunt.

PRima concluſionis pars confirmatur hiſce rationibus. Primo ad poſſeſſionem requiritur rei corporalis apprehenſio, & tunc dicimur poſſidere, cum rei corporaliter & naturaliter inſiſtimus. *l.* 1. *ff. de acq. vel omitt. poſſ. l. nemo.* 10. *C. de acq. & retin. poſſ.* Sed hæc corporalis rei detentio penes plures eſſe nequit. Ergo nec plures eandem rem poſſidere poſſunt, hic civiliter, ille naturaliter. Secundo id probat. *l.* 3. §. *penult. ff. de acq. vel omitt. poſſ.* ubi dicitur, unum eſſe genus poſſidendi, cauſas vero ſeu modos acquirendæ poſ-

poſſeſſionis eſſe plures. Tertio convincitur hoc manifeſte ex definitione poſſeſſionis, quod poſſeſſio ſit detentio rei corporalis cum animo & opinione domini. *Theoph. ad tit. inſt. per quas perſ. cuiq. acquir. l. 1. §. Scævola. 15. ff. ſi is qui teſt. lib. eſſe juſſ. erit, &c. l. ſi ſervus. 22. §. 1. ff. de nox. act. l. penult. C. de furt.* in verb. *cogitatione domini.* At dominium penes duos ſimul eſſe non poteſt; & per conſequens non ſunt duæ poſſeſſionis ſpecies, una civilis, altera naturalis. *l. duo. 19. ff. de precar.* Concludendum igitur, quod civilis poſſeſſio differat a naturali, non ſubſtantia, ſed qualitate. Proprie eſt unum poſſeſſionis genus, in quo duo concurrunt, animus & factum, puta ut quis rem corporaliter teneat, & animo ſeu opinione domini poſſideat. Hæc civilis poſſeſſio eſt, quæ ex juſta cauſa acquirendi dominii poſſidetur & apprehenditur ab eo, qui ſe dominum credit. Ideo civilis dicitur, quia jure civili maxime defenditur & approbatur. *d. l. nemo.* Naturalis poſſeſſio, quæ & corporalis dicitur, eſt, quando quis corporaliter rem tantum detinet non animo & affectione ſibi habendi. *l. ſtipulatio. 38. §. hac quoque. 7. ff. de verb. obl. l. ſi eum qui. 26. ff. de donat. int. vir. & ux. Cujac. in parat. C. de acquir. & retin. poſſ.* & *lib. obſ. 9. c. 33.* Sic fructuarius & creditor, cui pignus a debitore traditum eſt, poſſident naturaliter, quia non poſſident animo domini, ſed alio quodam animo & jure. Sic creditor jure pignoris poſſidet, non animo & cogitatione domini. *l. cum & ſortis. 35. §. ult. ff. de pign. act. l. per ſervum. 37.* in princ. *ff. de acq. rer. dom.* Hæc naturalis poſſeſſio, non proprie & abſolute, ſed abuſive poſſeſſio dicitur. *l. naturaliter. 12. ff. de acq. vel amitt. poſſ. l. 2. §. 1. ff. pro her. Contius. lib. 1. diſp. c. 9.* Pulchre *Hotom. c. 20. obſ. in pand.*

Quod attinet ad alteram theſis partem, fuit hic articulus diu multumque agitatus inter Proculianos & Sabinianos: ſed ſi verum preſſius intueamur, Proculianorum ſententia, tanquam juri & rationi magis conſentanea, probata, duo eandem rem in ſolidum poſſidere non poſſunt. Sabiniani tamen exiſtimarunt duos in ſolidum unius rei poſſeſſores exiſtere poſſe, ut unus juſte, alter injuſte poſſideat. *l. 3. §. ex contrario. ff. de adquir. vel amitt. poſſ.* Ut in precario accidit: is enim qui precario rogavit, & qui precario accepit, uterque poſſidet. *l. & habet. 15. §. cum qui. 4. ff. de precar.* Verum ſicut paria ſunt, aliquid nullum eſſe, aut injuſtum & vitioſum eſſe. *l. quoties. 6. ff. qui ſatiſd. cog. &c.* ſic & hoc caſu precaria poſſeſſio tanquam injuſta & vitioſa pro nulla habetur. Nam is qui precario dedit, ab eo qui precario accepit, poſſeſſionem quandocunque vult auferre poteſt. *l. qui precario. 17. ff. de precar. l. 1. §. ult. ff. uti poſſ.* Similiter ego poſſidere poſſum juſta ex cauſa animo, tu eandem rem vi aut clam nihilominus tenere potes: ſed judex meam ſolum poſſeſſionem tuetur. Ego enim ſemper ob id pro poſſeſſore habeor, quia competit mihi interdictum *unde vi*, vel de clandeſtina poſſeſſione ad recuperandam poſſeſſionem, & ſic in controverſia poſ-

ſeſſionis ſuperior ſum. *l. ſi quis vi.* 17. *ff. de acq. vel. amitt. poſſ.* Unus igitur tantum poteſt eſſe verus rei dominus, vel poſſeſſor in ſolidum. *l. ſi ut certo.* 5. §. *ſi duobus.* 15. *ff. commod.* Poſſeſſio non admittit conſortem in ſolidum, ſicut nec dominium.

ASSERTIO LXXXIII.

In amittenda poſſeſſione non opus eſt animo & corpore: ſed aliquando ſolo animo, aliquando ſolo corpore amittitur poſſeſſio.

NOn ſicut ad acquirendam poſſeſſionem animo & corpore opus eſt, ita in amittenda poſſeſſione utrunque requiritur. Probatur per *l.* 3. §. *in amittenda.* 6. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, ſolo animo amitti poſſeſſionem, quamvis corpore retineatur.

Cui tamen obſtat *l. quemadmodum.* 8. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* & *l. fere.* 153. *ff. de R. J.* ubi dicitur, quod ſimul utrunque requiratur in amittenda poſſeſſione, affectio ſcilicet & animus, item corpus & factum. Huc referenda eſt *l. peregre.* 44. §. *ult. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, ſi id quod corpore alieno poſſidebam, veluti per colonum, aliquis ingreſſus vi colonum dejecerit, me ignorante, amitto poſſeſſionem. Ergo in amittenda poſſeſſione non requiritur animus, ignorans non habet animum. Reſp. Tria ſunt genera poſſeſſionum. Quarundam rerum poſſeſſionem retinemus ſolo animo, quarundam animo noſtro & corpore alieno, quarundam animo noſtro, & corpore noſtro. Primo, veluti ſaltuum æſtivorum & hybernorum: ſecundo, ut per corpus ſervi, coloni, inquilini: tertio, ut res quibus incubamus. Amittitur poſſeſſio ſolo animo, præcipue rerum, quas poſſidemus ſolo animo, ut ſunt ſaltus hyberni vel æſtivi, quos certis tantum temporibus corpore noſtro detinemus. *l.* 3. §. *ſaltus.* 11. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Horum poſſeſſionem amittimus ſolo animo, quia & eorum poſſeſſionem ſolo animo retinemus, licet corpore noſtro iis ſaltibus non incumbamus. *l.* 4. *C. de acq. & retin. poſſ.* Interdum & ſolo corpore amittitur poſſesſio, veluti cum per miniſterium alterius poſſidemus. *d. l. peregre.* §. *ult.* Hoc indicat particula *fere* in *d. l. fere. ff. de R. J.* poſita, quæ modum acquirendæ & amittendæ poſſeſſionis claudicare deſignat. *Cujac. ad tit. inſt. de interd.* & *ad tit. C. de acq. & retin. poſſ.* Hanc ſententiam approbat & *Contius lib.* 1. *diſput. c.* 9. ubi aſſerit, in amittenda poſſeſſione ſatis eſſe conſiderare animum, quia cum animo deſino poſſidere, ſimul & corpore deſinam poſſidere neceſſe eſt: quia invito animo corpus nihil poſſidere poteſt, & remoto poſſidendi animo nulla poſſeſſio intelligi poterit, quamvis corpus adhuc ſit in fundo: ſicut poſſidere

non

non dicimus eum, cui dormienti aliquid in manu ponitur. *l. 1. §. 1. ff. de acq. vel. amitt. poſſ.*

Joannes antiquus gloſſator aliter hanc antinomiam conciliat, qui ait, veram quidem eſſe regulam, quæ dicit, non niſi corpore & animo amitti poſſeſſionem, ſi incipias amiſſionem a corpore. id eſt, ſi corpore deſinas poſſidere; nam tunc requiritur præterea, ut etiam animo poſſidere deſinas. Sin autem ab animo incipias, ait regulam eſſe falſam: quia ſi animo nolis poſſidere, non eſt neceſſe, ut corpore diſcedas a poſſeſſione.

ASSERTIO LXXXIV.

Poſſeſſio defuncti non tranſit ad filium, ſine nova apprehenſione, ſecundum communem DD. opinionem.

Filius juris civilis opinione habetur pro domino bonorum paternorum vivo adhuc patre: ſed tamen poſſeſſor bonorum patris non cenſetur vivo patre. Ideoque poſſeſſio non continuatur morte patris in filium, ſed opus eſt nova apprehenſione; & filii ſi heredes ſint, jure ſcripto ingredientur vacuam poſſeſſionem bonorum paternorum; ut notatur in *l. ult. C. de edict. D. Hadr. tollend. &c.* Sin autem poſſeſſio occupata ſit per alium, habent liberi remedia adipiſcendæ poſſeſſionis, non autem retinendæ vel recuperandæ, quia non poſſunt dici retinere poſſeſſionem, vel ſpoliari poſſeſſione, quam nunquam habuerunt. *Old. claſ. 5. de action. benefic.* Ratio decidendi eſt, quia poſſeſſio eſt facti, ideo ad eam acquirendam corporali apprehenſione opus eſt. *l. 3. l. quemadmodum. 8. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* dominium autem in jure conſiſtit, & fictione legis nititur. Unde ſicut hereditas, quæ jure potiſſimum & intellectu conſtat, ſola aditione acquiritur, ita & dominium, quod jure & animo quoque comprehenditur, ſola agnitione & declaratione mentis percipitur. Probat hanc ſententiam. *l. cum heredes. 25. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur: *Cum heredes inſtituti ſumus, adita hereditate omnia quidem jura ad heredem tranſeunt poſſeſſio autem non tranſit, niſi naturaliter ſit apprehenſa.* Et hæc opinio, quod poſſeſſionis continuatio non ipſo jure influat in heredem, ſed quod facto & apprehenſione hominis ſit opus, *l. in uſucapionibus. 15. ff. de diverſ. temp. præſcript.* hodie in camera imperii judicando eſt approbata, teſte *Minſ. cent. 3. obſerv.* 38. & *Andr. Gail lib. 2. obſ. pract. obſerv.* 152. Facit ad confirmationem hujus propoſitionis, locus qui extat apud Regium Prophetam Davidem *Pſal.* 2. ubi cum Davidi Regi in perſona Chriſti promittitur regnum, ejuſque poſteris, non ſolum in Judæos, ſed etiam exteras gentes, quæ in Judæorum & Iſraëlitarum locum erant cooptandæ, inquit: *Poſtula a me, & dabo tibi gentes in hereditatem, & poſſeſſionem*

tuam terminos terræ. Ibi non ſufficiebat, ad hoc ut dominium regni in gentes Davidi regi a Deo Opt. Max. concederetur, ſed adjicitur, *& dabo tibi poſſeſſionem terminos terræ*, quia dominium regni non potuit ſolo animo & voluntate propagari & continuari in poſteros regis Davidis, niſi quoque poſſeſſionem regni in gentes ſimul apprehenderent, & adipiſcerentur.

In contrarium facit *l. cum miles. 30. ff. ex quib. cauſ. major. &c.* quæ dicit poſſeſſionem defuncti continuari in heredem. Reſp. Ibi poſſeſſio pro uſucapione accipitur, ut lex declarat, cum ait, poſſeſſionem etiam hereditate non adita impleri & perfici: id eſt, hæc uſucapio, quæ inchoata eſt a defuncto, continuatur & tranſmittitur ipſo jure in heredem ſine ipſius apprehenſione.

Objicitur quoque Pauli ſententia in *l. 2. §. filium. 2. ff. pro hered.* qui ait, *naturalem poſſeſſionem vivo patre penes filium eſſe*, in re ſibi a patre donata, ita ut nec uſucapere poſſit filius titulo pro herede rem ſibi a patre donatam, quaſi continuata, non novo titulo acquiſita poſſeſſione. Reſp. Illa lex loquitur tantum de rebus filio a patre donatis & traditis, quas cum filius naturaliter ſemel poſſidere cœpit in vita patris, pro herede eas nequit uſucapere: propter regulam juris, quæ dicit, *neminem ſibi ipſi cauſam poſſeſſionis mutare poſſe. l. 3. §. illud quoque. 19. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* pro herede tamen nihilominus cæteras res uſucapere poterit. *Vigl. ad §. ſui autem. inſtit. de hered. qual. & diff.* Vide de hac propoſitione *Alciat. lib. 4. paradox. c. 15. Coraſ. lib. 6. miſcel. c.* 12. & 13. Huic autem deciſioni moribus Galliæ derogatur: nam conſuetudo generalis eſt in tota Gallia, quod *le mort ſaiſit le vif*, id eſt, quod heres ſuccedat in poſſeſſionem defuncti, & quod poſſeſſio defuncti continuetur in heredem, ita ut heres poſſideat bona defuncti ſine nova apprehenſione. *Chaſſan. in conſuet. Burgund. rub. 7. §. 1.* Huc pertinent, quæ tradunt *Fachin. lib. 6. controv. jur. c. 11. Gail lib. 2. obſ. cap.* 128.

ASSERTIO LXXXV.

Regulariter judicium petitorium cum poſſeſſorio cumulari poteſt.

Agi ſimul de adipiſcenda, vel de recuperanda poſſeſſione, & de proprietate poteſt. Ac ſi prius actum ſit rei vindicatione, ea pendente, nec intermiſſa, proponi poteſt interdictum *unde vi. l. & an eadem. 14. §. fin. ff. de except. rei jud. l. cum fundum. 18. §. ult. ff. de vi & vi arm. c. paſtoralis. extr. de cauſ. poſſ. & prop. gl. in l. ſi de vi. ff. de judic.* Sed an cumulatio petitorii & poſſeſſorii in interdicto retinendæ poſſeſſionis admittatur, maxime dubitatur: utputa, cum aliquis rei vindicationem intentaſſet, quæ poſſeſſori

ſori minime erat conveniens, reſpuit, & interdictum *uti poſſidetis* intentavit: quæritur, an admittenda ſit ejus petitio. Et videbatur prima facie non admittenda, quod intentando rei vindicationem, videbatur poſſeſſioni renunciaſſe, cum rei vindicatione non agat qui poſſidet, ſed ea detur contra poſſidentem. *l. officium. 9. ff. de rei vind. l. unic. C. de alien. jud. mut. cauſ. fact.* Itaque agendo rei vindicatione videtur poſſeſſionem amiſiſſe, & in adverſarium tranſtuliſſe. Non ergo competit pro retinenda poſſeſſione interdictum *uti poſſidetis* ei, qui amiſiſſe poſſeſſionem videbatur. Admittendum tamen ad interdictum *uti poſſidetis*, *Ulpianus* reſpondet *in l. naturaliter. 12. §. nihil commune. 1. ff. de adquir. vel amitt. poſſ.* Neque dicendum, eum videri renuntiaſſe poſſeſſioni, eo quod cœpit agere rei vindicatione. Nam voluit retinere poſſeſſionem, ſed non ſcivit, qua ratione id facere poſſet. Non eſt autem æquum ei qui in edenda actione aberravit, aliam actionem a prætore denegari. *l. habeat. 13. ff. de inſt. act.* Hæc igitur eſt ſententia *d. §. nihil commune.* Quod ſi actor cum non conſtaret ei ſe poſſidere, egit rei vindicatione, acſi non poſſideret, licebit illi ſuo jure melius cognito, tantiſper dilato illo judicio, interdicto *uti poſſidetis* experiri. *Govean. lib. 1. var. lect. c. 3.* & *Cujac. lib. 7. obſ. c. 38.* & *lib. 25. obſ. c. 34. Hotom. in illuſt. quæſt. quæſt. 29.*

DD. ita communiter intelligunt §. *nihil commune.* quod admittatur cumulatio petitorii cum interdicto *uti poſſidetis*, retinendæ poſſeſſionis cauſa, quando diverſæ poſſeſſionis reſpectu intentantur. Utputa quando intentans petitorium poſſidet tantum civiliter, ſeu animo retinet tantum poſſeſſionem: adverſarius vero poſſidet rem corpore, utputa quod altero abſente ingreſſus ſit fundum clandeſtine: nam tunc poteſt abſens reverſus, qui animo retinuit poſſeſſionem civilem, intentare judicium petitorium rei vindicationis, pro recuperanda naturali poſſeſſione exiſtente penes adverſarium. *d. l. officium.* & pro civili poſſeſſione poteſt eodem judicio pendente intentare interdictum *uti poſſidetis.* eo quod turbatur facto in civili ſua poſſeſſione propter iſtam naturalem, quam tenet adverſarius. *l. ſi duo. 3.* in princ. *ff. uti poſſ.* Neque hoc caſu ulla contrarietas impedit cumulationem petitorii & poſſeſſorii retinendæ. *l. clam poſſidere. 6. §. qui ad nundinas. 1. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi *gloſſ. Oldend. in prælud. claſ. 2.* Qui de hac quæſtione plura requirit, conſulat *Andream Fachinaum libro octavo controverſiarum juris, capite ſexto.*

ASSERTIO LXXXVI.

In ſequeſtrum non transfertur poſſeſſio.

SEqueſter eſt apud quem plures eandem rem, de qua controverſia eſt, deponunt, eo fine, ut tamdiu dum lis durat, cuſtodia-

tur, & poſtea victori litis reddatur. *l. 6. 7.* & *17. ff. depoſ. l. ſequeſter. 110. ff. de V. S.* Solet enim res de qua controverſia eſt, litigatorum voluntate tradi ſequeſtro, ut eam ſervet ad exitum controverſiæ, & deinde victori reſtituat. *l. proprie. 6. ff. depoſ. l. ſi quis. 9. §. Labeo. 3. ff. de dolo.* Quæritur autem, an & quomodo ſequeſter poſſideat? Et probabilior veriorque mihi videtur ſententia, non aliter ſequeſtrum poſſidere, quam ſi ea mente fiat ſequeſtratio, ut poſſeſſio de qua exiſtit controverſia, dimittatur. Alias cuſtodia rei commiſſa videtur, non poſſeſſio. *l. intereſſe. 39. ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* Quod ſi incertum fuerit, qua mente res ſequeſtro depoſita ſit, poſſeſſio minime in eum tranſlata videbitur.

Objicitur *l. licet. 17. §. rei depoſita. 1. ff. depoſ.* ubi dicitur, *rei depoſitæ proprietatem penes deponentem manere, ſed & poſſeſſionem, niſi apud ſequeſtrum depoſita ſit.* Reſp. Tum demum poſſeſſio tranſit in ſequeſtrum, cum conſtat partes habuiſſe animum dimittendæ poſſeſſionis. *d. l. intereſſe.* Nec obſtat *d. l. licet.* quia ibi incertum erat, uter ex litigantibus poſſideret: dicit enim JC. *neutrius poſſeſſioni id tempus procedere.* Quibus verbis innuit, cum utraque pars ſe poſſidere contendit, nec conſtat aperte quis poſſideat, tunc poſſeſſio transfertur in ſequeſtrum. Alias cum conſtat quempiam ſolum poſſidere, poſſeſſio non transfertur in ſequeſtrum. *Coraſ. lib. 3. miſc. c. 2.* Ratio eſt, quia nemo præſumitur ſuum jactare velle, aut animum dimitendæ poſſeſſionis habere. *l. cum de indebito. 25. ff. de probat.* Unde in dubio potius propter ſecuritatem litigantium cuſtodia judicii ſeu ſequeſtro mandata videtur in ſequeſtratione, quam ut poſſeſſio tranſlata dicatur.

Secundo opponitur *c. 1. extr. de ſequeſt. poſſ. & fruct.* ubi dicitur etiam ex neceſſaria ſequeſtratione tranſire poſſeſſionem in ſequeſtrum, dum inquit Pont: *Et prælibatam poſſeſſionem Celeſtinus ſequeſtrari mandavit.* Reſp. Poſſeſſio ibi non proprie accipitur, prout eſt jus inſiſtendi rei, ſed poſſeſſio pro re ipſa & agro ponitur. Neque eſt novum, ut *poſſeſſionis* verbo ipſa res mobilis vel immobilis contineatur. *l. interdum. 78. ff. de V. S. l. Imperatores. 14. ff. de ſerv. urb. præd.* DD. communiter ita diſtinguunt, quod in voluntario ſequeſtro, quando partes volentes rem apud ſequeſtrum deponunt, poſſeſſio rei depoſitæ tranſeat in ſequeſtrem per *d. l. licet. 17. §. rei depoſita. 1. ff. depoſ.* Aliud obtinet in ſequeſtro neceſſario, quando judex penes ſequeſtrem rem deponi edicit, ne forte partes ad arma, & rixas perveniant: *l. ſi cujus. 13. §. ſed inter. 3. ff. de uſufr.* tunc enim non tranſit poſſeſſio in ſequeſtrum, ſed penes eum qui poſſidebat, manet. *d. l. intereſſe.* Ita communiter a DD. receptum eſſe tradit *Coſtal. ad d. l. licet. ff. depoſ.*

ASSERTIO LXXXVII.

Infans abſque auctoritate tutoris poſſeſſionem acquirere non poteſt.

COnfirmatur hæc ſententia per *l.* 1. §.3. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, *pupillum ſine tutoris auctoritate poſſidere incipere, ſi modo ejus ætatis ſit, ut intellectum capiat.* Eandem ſententiam comprobat *l. quamvis.* 32. §. 2. *ff. de eod.* ubi dicitur, infantem non aliter quam tutore auctore incipere poſſidere. Ratio additur in textu, *quia infantis judicium ſuppletur tutoris auctoritate, alioqui nullus ſenſus eſt infanti accipiendi poſſeſſionem.*

Objicitur *l.* 3. *C. de acq. & retin. poſſ.* ubi dicitur, donatarum rerum infanti, vacuam poſſeſſionem corpore acquiri. Reſp. Poſſeſſio non aliter acquiritur, quam ſi corpore rem apprehendas, & animum dominantis habeas. Sed infans quamvis verba poſſit proferre ad acquiſitionem poſſeſſionis neceſſaria, non tamen intelligit, neque dijudicare poteſt, quid ſibi velint ea quæ dicuntur, & ad quem finem res ipſi tradatur. Quod autem dicitur in *d. l.* 3. infanti acquiri poſſeſſionem, id tantum ad res donatas & traditas referendum eſt, quarum ſcilicet vacua poſſeſſio infanti de manu in manum traditur. De donatis namque rebus tantum ibi ſancit Imp. in quibus tradendis tanta non requiritur obſervatio, quam ſi ex alio quovis contractu, puta emtione, permutatione, aut ſimili transferenda eſſet poſſeſſio. Rem enim accipiens infans ex donatione, ex ſola acceptatione ſibi rei donatæ poſſeſſionem acquirit. Itaque licet non tam plenus ſit in infante animi affectus, qui ad acquirendam poſſeſſionem requiritur, corpore tamen rei inſiſtit. *d. l.* 3. *Duaren. ad d. l.* 1. §. *Charon. lib.* 2. *veriſim. c.* 6.

DD. communiter reſpondent, quod in *d. l.* 3. infans poſſeſſionem acquiſivit cum auctoritate tutoris; quæ interpretatio omnem quoque contrarietatem componit. Illud denique notandum, quod noviſſimo jure conſtituit Conſtantinus Imp. ut ſervus infantis adhibeatur, qui ejus nomine rei donatæ poſeſſionem acquirat. *l. ſi quis.* 26. *C. de donat. Hotom. in diſp. de donat. Fachin. lib.* 8. *controv. jur. c.* 19. ubi approbat hanc poſtremam ſolutionem.

ASSERTIO LXXXVIII.

Si colonus poſſeſſione deceſſerit, non interpellatur poſſeſſio domini.

FUit inter Proculianos & Sabinianos diſſenſio, utrum dominus amittat poſſeſſionem, ſi colonus deſerendæ poſſeſſionis cauſa

exeat de fundo. Proculiani dicebant, dominum nihilominus animo retinere poſſeſſionem. *l. cum quis. 31. ff. de dolo. l. 3. §. ſi quis nuntiet.* 8. verſ. *quod ſi ſervus. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Contrarium ſtatuit Pomponius, qui fuit Sabinianus, in *l. ſi colonus. 31. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* & Sabinum ſequitur *Africanus in l. ſi de eo. 40. §. 1.* verſ. *aliud exiſtimandum. ff. eod.* Sed Juſtinianus hanc controverſiam dirimit in *l. ult. C. de acq. & retin. poſſ.* & Sabinianorum ſententia rejecta, pronuntiat pro Proculianis. quod ſcilicet negligentia & deſertione coloni dominus quæſitam poſſeſſionem non amittat. Hodie ergo colono diſcedente ex fundo deſerendæ poſſeſſionis cauſa, dominus animo retinet poſſeſſionem. *Borcholt. de acq vel amitt. poſſ. c. 7.* Porro licet poſſeſſio domini amittatur negligentia coloni, tenetur tamen colonus qui deceſſit de poſſeſſione, domino actione de dolo malo, ſi quid ex eo damni ſenſerit: utputa ſi ob id arva ejus non ſunt proſciſſa, & fructus idoneo tempore non ſunt collecti. *d. l. cum quis. ff. de dolo.* & ibi *Cujac.*

ASSERTIO LXXXIX.

Creditor pignus naturaliter poſſidet.

Creditor pignus, quod ei a debitore traditum eſt, poſſidet naturaliter. *l. cum & ſortis. 35. §. ult. ff. de pign. act. l. per ſervum. 37. ff. de acq. rer. dom. l. 1. §. per ſervum. 15. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Ideoque & creditori dabitur interdictum *uti poſſidetis*, pro conſervanda poſſeſſione pignoris, ut recte colligit *Accurſ. in l. ſi duo. §. creditores. ff uti poſſ. Cujac. conſult. 25. Menoch. de retin. poſſ. remed. 3. q. 25.* ubi addit rationem, quia vere poſſidet creditor, excepta cauſa uſucapionis. *l. ſervi. 16. ff. de uſucap.* Unde etiam creditori competit condictio poſſeſſionis ad avocandam poſſeſſionem pignoris. *l. ſi pignore. 22. §. ſi. poſt. 3. ff. de pign. act.*

Objicitur *l. ſciendum. 15. §. creditor. 2. ff. qui ſatiſd. cog.* ubi dicitur, quod *creditor qui pignus accepit, poſſeſſor non eſt, tametſi habeat poſſeſſionem ſibi traditam.* Reſp. Creditor poſſidere videtur quoad quædam, ſcilicet quoad hoc, ut rei vindicatione & actione ad exhibendum conveniatur. *d. l. ſervi.* & ibi *Cujac.* Item quoad hoc, ut poſſeſſio præcedentis poſſeſſoris, id eſt, debitoris, ſibi addicatur. *d. l. ſervi.* in fin. Item quoad hoc, ut interdicto *uti poſſidetis* experiri poſſit. Econtra quoad quædam dicitur non poſſidere, ut quoad uſucapionem. *l. 3. §. per ſervum. l. qui pignoris. 36. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* item quoad evitandam ſatiſdationem judicio ſiſti. *d. l. ſciendum.*

Secundo objicitur *l. cum notiſſimi. 7. §. 1. C. de præſcr. 30 vel 40 ann.* ubi dicitur, poſſeſſionem pignoris apud debitorem eſſe conſtitutam. Reſp. Hoc ideo ibi ſtatuitur, quia debitor quandocunque vult

vult, poteſt offerre debitum, & ita rem habere, & ſic erit apud eum pignoris poſſeſſio. Præterea ſi apud debitorem eſſet poſſeſſio, & creditoris ſervus ſurriperet pignus, dominum ſive debitorem poſſeſſione privaret: quod tamen non facit. *l. non ſolum.* 33. §. *ult. ff. de uſucap. gloſſ. in d. l. cum notiſſimi.* §. 1.

ASSERTIO XC.

Miſſus in poſſeſſionem ex primo decreto non poſſidet, ſed ex ſecundo decreto miſſus poſſidet: & ſi adverſarius erat dominus, miſſus ſit dominus; ſin minus, præſtatur uſucapiendi conditio.

MIſſio in poſſeſſionem ita fieri ſolet. Si reus citatus non veniat ad judicium, & contumacia ejus accuſetur, prætor actori concedit ex primo decreto miſſionem in poſſeſſionem bonorum debitoris, pro debiti quantitate, vel in poſſeſſionem rei, quam propriam contendit; & creſcente contumacia prætor interponit in actionibus perſonalibus ſecundum decretum, in realibus vero declarat actorem eſſe poſſeſſorem. Ex primo decreto miſſus non poſſidet, ſed eſt tantum in poſſeſſione, id eſt, cuſtos eſt potius quam poſſeſſor, remque detinet & cuſtodit, donec debitor tædio affectus ad judicium veniat reſponſurus. *c. quoniam frequenter.* §. *ult. extr. ut lit. non conteſt. non proced. &c.* Ex ſecundo decreto miſſus vere poſſidet. Hanc deciſionem probant *l.* 3. §. *ult. ff. de acq. vel amitt. poſſ. l. ſi duo.* 3. §. *creditores.* 8. *ff. uti poſſ. l. ſi finita.* 15. §. *Julianus.* 16. & §. *ſi quis autem.* 20. cum §. *ſeq.* & §. *poſteaquam.* 33. *ff. de dam. inf. l. cum legatorum.* 12. *ff. de ex quib. cauſ. in poſſ. eatur.* Porro miſſus ex ſecundo decreto rem uſucapit, ſi poſſeſſor non erat dominus. Quod ſi erat dominus, ſecundum decretum facit miſſum dominum, ſine temporis intervallo. *l.* 2. *ff. ſi ex nox. cauſ. agatur, &c. l.* 5. *ff. comm. div. l.* 3. §. 1. *ff. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cur. &c.* Hæc eſt Accurſii ſententia in *d. l. ſi finita.* §. *ſi plures.* quæ communiter à DD. probatur, teſte *Weſemb. in parat. de dam. inf.* per *l.* 1. *ff. de fund. dot.* ubi dicitur, miſſum in poſſeſſionem ex cauſa damni infecti fieri dominum. Hæc autem obtinent tantum in perſonali actione. nam in realibus poſſeſſio tantum contumaci aufertur, ſalva per longum tempus proprietatis quæſtione. quæ per ſecundum decretum abſenti non aufertur. *l.* 2. in fin. *C. ubi in rem act.* ubi *gl. l. ſi quis emtionis.* 8. §. *penult. C. de præſ.* 30 *vel* 40 *ann. Weſemb. d. loco.*

Objicitur *l. conſentaneum.* 8. *C. quom. & quand. jud. ſent. &c.* & *d. l.* 2. ubi miſſus in actione reali ex primo decreto efficitur verus poſſeſſor. Reſp. cum *Accurſ. in d. l. conſentaneum.* Aut mittitur poſt litem conteſtatam in poſſeſſionem, & tunc ſtatim

efficitur verus poſſeſſor. Aut mittitur ante litem conteſtatam, & tunc non efficitur verus poſſeſſor, niſi poſt lapſum anni. *d. l. ſi quis emtionis. §. ſed etſi quis.*

Secundo objicitur *l. is cui. 5. ff. ut in poſſ. legat. vel fideic. ſerv. cauſ. eſſe lic.* ubi dicitur, in poſſeſſionem miſſum nunquam pro domino eſſe incipere. Reſp. Hoc verum eſt in miſſo ex primo decreto, ex ſecundo tamen decreto miſſus fit dominus. *d. l. ſi finita. §. ſi quis autem. l. 5. ff. comm. div. l. 1. ff. de fund. dot.*

ASSERTIO XCI.

Ita demum per procuratorem domino acquiritur poſſeſſio, ſi & dominus velit, & procurator habuerit animum domino acquirendi.

PER liberam perſonam, quæ noſtro juri ſubjecta non eſt, cæteræ res nobis acquiri non poſſunt, poſſeſſio tantum acquiri poteſt, & ex poſſeſſione dominium. *l. 1. C. per quas perſ. nob. acquir. l. 1.* & *l. per procuratorm.* 8. *C. de acquir. & retin. poſſ.* Sed non niſi volente domino acquiritur. *l. ea quæ. 53. ff. de acquir. rer. dom.* Ideo enim per procuratorem poſſeſſio acquiritur, quia primo per eum voluimus acquirere, dum ei mandavimus, ut nobis rem gereret. Eſt enim procurator, qui mandato domini negotia ejus administrat. *L. 1. ff. de procur.* Ideoque ſi abſit mandatum, & aliquis noſtro nomine ingreſſus ſit poſſeſſionem, non aliter nobis acquirit poſſeſſionem, quam ſi ratum habuerimus. *l. communis. 42. §. 1. ff. de acq. vel. amitt. poſſ. l. ſi ego. 24. de neg. geſt.*

Objicitur *l. poſſeſſio. 49. §. ult. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, poſſeſſionem etiam per procuratorem domino ignoranti quæri. Reſp. Procurator acquirit domino etiamſi ignoret dominus quid emerit, & domini nomine acceperit. Sed quæcunque eſt hæc ignorantia, tamen nunquam acquiret domino niſi volenti. Nam ſive ſpecialis ſit procurator, cui dominus mandavit de re certa, ſive generalis, cui generaliter mandatum eſt, ut domini negotia gereret, jam ab initio dominus hac mente fuit, ut vellet, quicquid procurator domino gereret, id domino adquireret.

Ita demum autem nobis per procuratorem poſſeſſio quæritur, ſi ea mente ſit procurator, ut velit nobis operam ſuam accommodare. Sin autem procurator ſuo nomine nanciſcatur poſſeſſionem, non dicitur nobis per eum quæſita poſſeſſio. *l. 1. §. per procuratorem. 20. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Ad acquirendam enim poſſeſſionem neceſſaria eſt voluntas procuratoris.

Sed huic ſententiæ graviter adverſatur. *l. qui mihi. 13. ff. de donat.* ubi dicitur, quod ſi quis tradidit quid procuratori meo, ut mihi acquireret, & procurator accepit, ut ſuum faceret, nihilominus

minus

minus mihi acquiri. Unde colligitur, in tranſlatione poſſeſſionis non eſſe opus voluntate procuratoris. Reſp. Regulariter per procuratorem non aliter nobis acquiritur poſſeſſio, niſi & ipſe velit nobis acquirere. *l.* 1. §. *hac qua de ſervis.* 19. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Sed hoc non procedit, quando ille qui tradit, hoc agit, ut nobis acquiratur: quo caſu malignitas procuratoris domino non nocet. Ita eſt accipienda *d. l. qui mibi.* ut notat. *Accurſ. in d.* §. *Hac qua de ſervis.*

ASSERTIO XCII.

Procurator venditoris, ſi domino mortuo, ignorans eum mortuum eſſe, in vacuam poſſeſſionem emptorem induxit, poſſeſſionem transfert.

TRaditur hæc deciſio aperte in *l. fundi.* 33. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi ita diſtinguitur. Aut procurator qui ex domini mandato fundum venditum tradidit emptori, ignoravit dominum eſſe mortuum, & eo caſu recte in emtorem poſſeſſionem tranſtuliſſe cenſetur, nam ex juſto errore emtor voluntate domini poſſeſſionem accepiſſe intelligitur. Aut procurator ſcivit dominum deceſſiſſe, & eo caſu non recte transfert poſſeſſionem, quia mala fide rem geſſit, quod factum ejus venditoris heredibus nocere non debet.

Sed vehementer refragatur *l. ejus.* 41. verſ. *quas vero. ff. ſi cert. pet.* ubi diſerte negat Africanus, eum cui dominus mandavit, ut quid ſuum traderet, mortuo domino tradentem id transferre, quamvis mortuum dominum eſſe ignoret. Reſp. Regulariter procurator cui quid mandatum eſt a domino ut traderet, ſi id mortuo domino tradat, non alienat, quantumvis ignoret dominum deceſſiſſe, quia generaliter mandatum morte domini mandantis finitur. §. *recte.* 9. *inſt. mandat.* Attamen ſi procurator conſtitutus erat ad id, ad quod conſtituens cogi poterat, utputa ſi venditor mandavit procuratori, ut rem a ſe venditam tradat emtori, hoc mandatum morte mandantis non diſſolvitur. *d. l. fundi.* ubi *Alex. Caſtenſ.* & communiter *DD.* hanc notant regulam, quod licet mandatum expiret morte mandatoris, tamen quando mandatur executio neceſſaria alicujus actus principalis, non expirat mandatum. Poſſeſſio itaque recte traditur a mandatario ignorante mortem mandantis non tamen dominium; ad exemplum ejus procuratoris, qui expreſſam mandati revocationem ignorans, bona fide rem tradidit: transfert enim is poſſeſſionem. *l. mandatum diſtrahendorum.* 57. *ff. mandat.* Dominium autem nuſquam transfertur a procuratore, cujus mandatum revocatum eſt, etiamſi ipſe bona fide rem tradidit, minime certus de ſua revocatione. textus in *d. l. ejus.* verſ.

verſ. *quas vero.* optimus textus in *l. Papinianus.* 14. *ff. de Publ. in rem. act.* & in *l.* 2. §. *ſed ſi quis.* 6. *ff. de donat. Covar. c.* 11. *pract. quæſt.* ubi tamen contra communem opinionem diſputat. De hac quæſtione, an & quando mandatum morte mandantis finiatur, plene & ſolide tractat *Bart. in l.* 2. §. *ſed ſi quis.* ubi per decem oppoſitiones hanc quæſtionem examinat & diſſolvit.

Secundo ei quod dicitur in *d. l. fundi.* mandatum defuncti poſſe revocari per heredes, neque poſſe procuratorem mortuo domino invitis heredibus poſſeſſionem tradere, adverſatur *l. ſi ego.* 9. §. *ſi res.* 1. *ff. de jur. dot.* ubi cum defunctus juſſiſſet aut deſtinaſſet dotem dari puellæ alicui, cum nupta eſſet, & poſt mortem defuncti donatoris nuptiæ ſequantur, non poſſunt heredes donantis hanc donationem, ſeu hoc mandatum donandi revocare; cum tamen alias mors donantis interveniens ante traditionem, impediat donationem. *d. l.* 2. §. *ſed ſi quis.* Reſp. Hoc ſpeciale eſt favore dotis & matrimonii, ut res quas defunctus juſſerat dotis eſſe, etiam nuptiis ſecutis poſt mortem donantis, in dote maneant, atque ut heres cogatur eam donationem implere, licet dotans ante traditionem rei dotalis, vel ante nuptias mortuus ſit, idque benigne receptum eſt, ne mulier maneat indotata. Nam & hæc fuit mens dantis, ut quandoque nuptiis ſecutis res dotis fierent. Traditur ergo caſus ſingularis in *d.* §. *ſi res.* quo mandatum morte mandantis non ſolvitur: cum videlicet quis dedit procuratori mandatum ſolvendi vel donandi dotem de patrimonio ſuo, tunc enim morte mandantis non finitur mandatum, & poterit etiam procurator poſt mortem domini ſolvere: quem textum ad omnem piam cauſam extendit *Baldus in l. mandatum. c. mandat. addit. ad Decium in l.* 3. *de R. J.* in fine.

ASSERTIO XCIII.

Nulla poſſeſſio niſi animo & corpore acquiritur.

ADipiſcimur poſſeſſionem corpore & animo, neque per ſe animo, aut per ſe corpore.* *l.* 3. §. 1. & *l. quemadmodum.* 8. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* His verbis oſtendit JC. duo neceſſario ad acquirendam poſſeſſionem requiri, corpus ſcilicet & animum. Solum corpus non ſufficit ad acquirendam poſſeſſionem. Animo quoque adipiſci poſſeſſionem non poſſumus. *l. qui univerſas.* 30. §. *quod per colonum.* 5. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* Sed utrunque & animum & corpus concurrere oportet, ut rei alicujus poſſeſſio acquiratur. Animus credulitatem & perſuaſionem poſſidendi certam ſignificat, corpus vero actum aliquem corporeum ad animum accedentem.

Objicitur primo *l.* 3. §. *Neratius.* 3. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* ubi

ubi tradunt Neratius & Proculus, quod ſi quis ſcit theſaurum in ſuo fundo poſitum, quod continuo eum poſſideat, ſimul atque poſſidendi animum habuerit. Ibi acquiritur poſſeſſio affectu poſſidendi, abſque naturali poſſeſſione, hoc eſt, abſque apprehenſione theſauri. Igitur poſſeſſio aliqua acquiritur ſine corpore. Reſp. In eo §. proponitur, diſſenſionem fuiſſe inter Proculianos & Sabinianos. Proculiani dicebant, continuo me poſſidere theſaurum, quem in fundo meo quem poſſideo, poſitum ſcio, ſimul atque poſſidendi theſauri animum habuero: Sabiniani vero voluerunt, eum qui fundum detinet & poſſidet, quamvis ſciat in illo fundo theſaurum eſſe, & affectum poſſidendi theſauri habeat, non aliter poſſidere theſaurum, quam ſi loco eum moveat, & corpore contrectet. Quam Sabinianorum ſententiam tanquam veriorem Paulus ibi amplectitur, quam & *Papinianus* comprobat *in l. peregr. 44. ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* ubi tradit, pecuniam quam alius in meo fundo cuſtodiæ cauſa recondidit, non aliter me poſſidere, quam ſi ejus poſſeſſionem ſupra terram adeptus ſim, hoc eſt, ſi pecuniam apprehenderim, & loco moverim.

Secundo adverſatur *l. ſi me in vacuam. 34. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi expreſſis verbis dicit JC. animo acquiri poſſeſſionem poſſe. Reſp. In prædicta lege non dicit JC. animo acquiri poſſeſſionem, ſed dicit, *ſi animo acquiri poteſt poſſeſſio.* quod perinde eſt, ac ſi diceret, poſito, non tamen conceſſo, animo acquiri poſſeſſionem, dubitatur, an acquiſita ſit poſſeſſio, ſi ego putavi me ire in fundum Cornelianum, cum tu me miſiſſes in poſſeſſionem fundi Semproniani. Et reſpondetur, etiam illo poſito, animo acquiri poſſeſſionem, non tamen mihi acquiſitam poſſeſſionem, quia erravi. Error enim in corpore impedit acquiſitionem poſſeſſionis. Ponit Ulpianus illud, quod falſum eſt, & oſtendit falſo illo poſito, nihilominus poſſeſſionem non fuiſſe acquiſitam, etſi diceremus poſſeſſionem ſolo animo acquiri poſſe, *Borch. c. 3. de acquir. vel amitt. poſſ. num.* 18.

Tertio opponitur *l. quarundam. 51. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, quarundam rerum poſſeſſionem ſolo animo acquiri, & additur exemplum, quod ſi venditus ſit mihi acervus lignorum, & venditor eum me tollere juſſit, quod ſimul atque cuſtodem appoſuero, traditus videatur lignorum acervus. Solo igitur animo abſque corpore, id eſt, abſque aliqua lignorum contrectatione acquiritur poſſeſſio. Reſp. Quod ibi appoſitio cuſtodis habetur pro corporali quadam traditione lignorum: itaque ſtatim atque cuſtodem appoſuero, tradita mih videtur poſſeſſio acervi lignorum.

Quarto obſtat *l. 8. §. ſi juſſerim.* & *l. quod meo. 18. §. ſi venditorem. 2. ff. de acq. poſſ. vel amitt.* ubi dicitur, quod id poſſideam, quod venditorem in domo mea deponere juſſi, etiamſi id manu non attigerim. Reſp. Ibi traditio facta ab adverſario ſupplet actum corpora-

ra-

ralem. Vel potius dicendum, quod aſpectu ibi acquiratur poſſeſſio. Dum enim quis jubet rem in conſpectu ſuo deponi, per aſpectum veluti per ſenſum corporalem, quæritur ei poſſeſſio.

ASSERTIO XCIV.

Ex pluribus cauſis eandem rem poſſidere poſſumus, quamvis dominium non niſi ex una cauſa contingat.

Regula eſt, quod *ex pluribus cauſis eandem rem poſſidere poſſumus*, ſed *dominium non niſi ex una cauſa* nobis *contingere poteſt*, quæ tradita extat in *l.* 3. §. *ex pluribus.* 4. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* & in *l. non ut ex pluribus.* 159. *ff. de R. J.* Ratio differentiæ eſt, quia dominium undecunque ſit, unum eſt, & quod ſemel noſtrum eſt, amplius noſtrum fieri non poteſt. §. *ſic itaque.* 14. *inſt. de act.* At poſſidere facti eſt, cumque poſitum ſit in naturali poſſeſſione nanciſcenda, toties poſſidere videmur, quoties naturalem ejus poſſeſſionem nanciſcimur. arg. *l.* 3. §. *Nerva.* 13. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* Proinde nihil impedit, quo minus, ut plura ſunt facta, pluresque velut poſſeſſiones temporibus diſcretæ, ita in ſingulis ex nova cauſa poſſideamus. Hujus rei hic eſt effectus, ut ſi quis in judicio de poſſeſſione victus ſit ex una cauſa, non prohibeatur eodem interdicto ſibi defendere poſſeſſionem ex aliis cauſis, quia alia res in judicium deducitur.

Sed videtur obſtare *l. ſi quis ante.* 10. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, quod ſi quis conduxit rem aliquam, deinde eandem precario rogavit, quod per precarium a conductione receſſum videatur. Unde colligitur, quod ex pluribus cauſis eandem rem non poſſidemus. Reſp. Hoc non ſequitur: nam ex iis cauſis nulla acquiritur poſſeſſio, ſed nuda tantum detentio; quo caſu ſpectamus quod noviſſime factum eſt. *l. interdum.* 21. §. *fin. ff. de acq. vel amitt. poſſ.*

Secundo objicitur *l.* 4. *C de contr. empt.* ubi dicitur, *titulum poſſeſſionis duplicari non poſſe.* Reſp. Verbum *poſſeſſionis* pro dominio ibi accipitur. Quod itaque dicunt Impp. *titulum poſſeſſionis duplicari non poſſe*, ita accipiendum eſt quod titulus, ſive cauſa dominii duplicari non poteſt, & quod qui ex una cauſa ſeu titulo nactus eſt dominium, non poteſt ex alio titulo ſeu cauſa nanciſci dominium. Hanc eſſe *d. l.* 4. ſententiam, probat perſpicue ibidem *Accurſius.* Sic enim & aliis juris locis poſſeſſio pro dominio frequenter accipitur in *l. interdum.* 78. *ff. de V. S. l. Imperatores.* 14. *ff. de ſerv. ruſt. præd. l. uxorem.* 41. §. *legaverit.* 6. *ff. de leg.* 3.

ASSER-

ASSERTIO XCV.

Uxor rem donatam a viro poſſidet naturaliter.

NAturaliter poſſidet mulier, cui aliquid conſtante matrimonio a viro donatum eſt. Hæc donatio inutilis quidem eſt quoad tranſlationem dominii, ſed tamen ex ea donatione acquiritur uxori naturalis poſſeſſio, cum volente marito domino rei donatæ corporaliter inſiſtat; & competunt ei interdicta poſſeſſoria pro poſſeſſione rei donatæ conſequenda & retinenda. *l.* 1. §. *ſi vir.* 4. *l. quod uxor.* 16. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ. l.* 1. §. *dejicitur.* 9. *ff. de vi & vi arm.* Imo ex poſſeſſione conjugis donatarii hoc commodum ad poſſidentem redit, ut fructus ex re donata perceptos ſuos faciat. *l. fructus.* 45. *ff. de uſur. l. de fructibus.* 17. *ff. de don. int. vir. & ux.*

Sed obſtat huic aſſertioni *l. inter virum.* 46. *ff. de don. int. vir. & ux.* ubi dicitur, *inter virum & uxorem nec donatio poſſeſſionis ulla eſt.* Reſp. Loquitur JC. de donatione ipſa, non de poſſeſſionis tranſlatione, & quod aſſeritur, lege prohibitam eſſe inter conjuges donationem, hoc ita intelligendum eſt, ſive alter alteri donet poſſeſſionem, ſive proprietatem. Quia enim lex prohibet generaliter donationem inter conjuges conſtante matrimonio, intelligitur prohibita non tantum proprietatis, ſed etiam poſſeſſionis tranſlatio & donatio. Transfertur tamen ex hac cauſa poſſeſſio corporalis & naturalis in mulierem, quia res facti, id eſt, naturalis poſſeſſio, quæ facto & corpore conſiſtit, jure civili infirmari non poteſt. *d. l.* 1. §. *ſi vir.* 4. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ſed poſſeſſio civilis ex hac donatione non transfertur. *l. ſi eum qui.* 26. *ff. de donat. int. vir. & ux.*

Secundo obſtat *l.* 3. §. *ſciendum.* 10. *ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi dicitur, irritam eſſe donationem inter conjuges, & traditionem non valere. Reſp. Traditio hæc effectum juris non habet, id eſt, hac traditione dominium non acquiritur, licet naturalis poſſeſſio ex ea donatione transferatur ad donatarium.

ASSERTIO XCVI.

Poſſeſſio non tantum facti eſt, ſed etiam juris.

POſſeſſio partim facti eſt, quatenus in facto corporalis poſſeſſionis conſiſtit, partim juris eſt, quatenus eſt in animo poſſidentis. *l. poſſeſſio quoque.* 49. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, *etſi naturaliter poſſeſſio teneatur a fructuario, tamen ex jure plurimum mutuatur.* Jus plerunque accedit poſſeſſioni, quæ facti eſt, id eſt,

eſt, accedit approbatio juris civilis. Unde duplicem ſtatuit Imp. poſſeſſionem in *l. nemo*. 10. *C. de acquir. & retin. poſſ* aliam quæ jure, aliam quæ corpore conſiſtit. hæc natura, illa dignitate prior. Nam ut alia, ſic poſſeſſionis jura ex facto oriuntur, nec quiſquam ante poſſidet animo, quam facto naturali rem occupavit. *d. l. nemo*. Poſſeſſio eſt facti, quia detentio eſt, id eſt, uſus rei. *l. denique*. 19. *ff. ex. quib. cauſ. major. &c.* & animi, quia affectionem, voluntatem & opinionem domini deſiderat. *l.* 1. §. *Scævola*. 15. *ff. ſi is qui teſtam. lib. eſſe juſſ. erit, &c.* Poſſeſſio quoque fructuarii, quæ naturalis eſt, etiam ex jure plurimum mutuari dicitur *d. l. poſſeſſio*. Sed facti magis eſt, quam juris, quia jure dominii deſtituitur, quod jus optimum maximumque eſt.

Objicitur, quod poſſeſſio uſus definitur; uſus autem detentionem ſignificat, quæ factum deſignat. *l. quæſtio*. 115. *verſ. poſſeſſio. ff. de V. S.* Ergo facti eſt. Reſp. Uſus ibi accipitur pro jure utendi. Sic poſſeſſio quoque jus poſſeſſionis apellatur in *l. peregre*. 44. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ. l. non ideo*. 5. *C. de lib. cauſ.*

Secundo objicitur *l. cum heredes*. 23. §. 1. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, quod captus ab hoſtibus & reverſus non recuperat poſſeſſionem, ſed opus ſit ei nova apprehenſione. Unde & civilis poſſeſſio ab eo amittitur: ex quo apparet eam non eſſe juris, quia alias animo retineretur. Reſp. Quamvis in civili poſſeſſione aliquid eſt juris, aliquid tamen eſt facti quoque. Imo voluntas ipſa facti eſt, quia concurrente voluntate, poſſeſſio juris ſubſidio retinetur. Hunc animum captus ab hoſtibus non præſumitur retinere; unde & ille animus, qui etiam facti eſt, non dicitur ei reſtitui. Quod autem animum poſſidendi non habeat, probatur tum ex *l.* 3. §. *ſi quis nuntiet*. 8. & *l. ſi id quod*. 25. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* tum ex eo, quod cum captus ab hoſtibus ab alio poſſideatur, ipſe nihil amplius poſſidere intelligitur. Quod ſi animo & corpore capti non eſt opus ad retinendam poſſeſſionem, utputa ſi per ſubjectas juri ſuo perſonas poſſidebat, reſtituitur ei poſſeſſio. *l. in bello*. 12. §. *facti*. 2. *ff. de capt. & poſtl. reverſ. l.* 15. *ff. de uſucap.* Vide latius de hac quæſtione differentem *Cujacium lib. obſerv.* 11. *c.* 24. *Pacium centur.* 6. ἐναντιοφανῶν *quæſt.* 98. *Fachinæum libro* 8. *controverſ. juris c.* 5.

ASSERTIO XCVII.

Poſſeſſio amittitur rei depoſitæ contrectatione lucri faciendi cauſa, non inficiatione ſola.

Contrectatione rei depoſitæ facta animo ſibi habendi, & lucri faciendi cauſa, furtum committitur, & dominus privatur ſua poſ-

poſſeſſione. Aliud dicendum eſt, ſi depoſitarius rem apud ſe depoſitam abnegaverit, & inficiatus fuerit: tunc enim furtum non facit neque dominum poſſeſſione ſubvertit. textus in *l.* 3. §. *ſi rem.* 18. *ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. l.* 1. & *l. inficiando.* 67. *ff. de furt.* Ratio diverſitatis eſt, quia ad hoc ut furtum committatur, & domini poſſeſſio intervertatur, factum & contrectatio aliqua requiritur. Furtum enim non ſolo verbo, non ſcriptura, non animo, ſed contrectatione committitur. *l. ſi quis uxori.* 52. §. *neque.* 19. *ff. de furt.*

Sed vehementer obſtat huic aſſertioni *l. ſi rem mobilem.* 47. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, ſi rem apud te depoſitam negare, & tibi poſſidere conſtitueris, protinus amitti poſſeſſionem. Ergo non eſt neceſſarium, ut res depoſita loco moveatur, ad hoc, ut amittatur poſſeſſio. Reſp. In iſta lege depoſitarius non ſolum conſtituit rem depoſitam negare, ſed etiam contrectavit, & loco movit. Quod colligitur ex verbis legis quæ ſic habent: *Si tibi poſſidere conſtitueris.* Dum enim dicitur, quod ſibi poſſidere conſtituerit, factum denotat, quod ſcilicet rem contrectaverit, & loco moverit. Alioqui enim non poterat ſibi poſſidere, cum ad acquirendam poſſeſſionem apprehenſione & corporali facto opus ſit. *l.* 3. in princip. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ. Zaſ. ad d.* §. *ſi rem.*

ASSERTIO XCVIII.

Qui precario poſſidet, interdicto uti poſſidetis *experiri poteſt.*

DAtur precario poſſidenti interdictum *uti poſſidetis* contra omnes, præterquam contra eum, a quo precario accepit, ſeu precario poſſidet. *l. qui precario.* 17. *ff. de precario. l.* 1. §. *final. ff. uti poſſid.*

Sed obſtat *l. certe.* 6. §. *is qui rogavit.* 2. *ff. de precar.* ubi dicitur, eum qui precario rogavit, non poſſidere. Ergo nec interdictum *uti poſſidetis* ei competit. Reſp. Quando ſic precario res conceditur, ut impetrans poſſideat, tunc interdicto retinendæ poſſeſſionis is experiri poteſt. Verum in allegata lege contraria tantum precarium conceſſum eſt, ut quis precario ad tempus in fundo moretur. Ideoque ei interdictum *uti poſſidetis* non competit, quia nec civiliter, nec naturaliter poſſidet. *Oldendorp. claſſ.* 4. *act.* 16. *in affinib. remed.* Cum ergo nominatim fuit poſſeſſio precario conceſſa, tunc haud dubio acquiritur poſſeſſio precario accipienti. *l. & habet.* 15. §. *eum qui.* 4. *ff. de precar.* ubi inquit Pomponius: *Eum, qui precario rogavit, ut ſibi poſſidere liceat, nanciſci poſſeſſionem, non eſt dubium.*

Secundo hic adhuc alia occurrit antinomia. Nam in *l. quacunque.*

quæ. 13. §. *interdum.* 1. *ff. de Publ. in rem. act.* dicitur precariam poſſeſſionem juſtam eſſe & legitimam. Contrarium aſſeritur in *l. Pomponius.* 13. §. *cum quis.* 1. *ff. acquir. vel amitt. poſſeſſ.* & in *l. cum heres.* 11. *ff. de diverſ. temp. præſcript.* ubi affirmatur, precariam poſſeſſionem eſſe vitioſam, illaque tria vitia poſſeſſionis, quod quis vi, clam, aut precario poſſidet in eodem gradu collocantur. Reſponderi poteſt dupliciter: vel quod precaria poſſeſſio dicitur injuſta, reſpectu illius, a quo quis precarium accepit: vel quod verius eſt, quod precaria poſſeſſio reſpectu civilis poſſeſſionis, quæ ad uſucapionem requiritur, vitioſa cenſeatur: nam ille qui precario poſſidet, uſucapere non poteſt. *l. ſi quis diuturno.* 10. *ff. ſi ſervit. vind. d. l. cum heres. l. Pomponius.* 13. §. *ſi is qui.* 7. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ.*

ASSERTIO XCIX.

Pupillus animo deſinere poſſidere non poteſt, corpore poteſt.

Pupillus ſine tutoris auctoritate poſſeſſionem animo amittere non poteſt, quia animi judicio caret, ſicut furioſus. *l. Fulcinius.* 7. §. *plane.* 10. *ff. ex quib. cauſ. in poſſ. eat.* Corpore tamen poteſt deſinere poſſidere ſine tutoris auctoritate. *l. poſſeſſionem.* 29. *ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* quia res facti jure civili infirmari & convelli non poteſt. *l.* 1. §. *ſi vir.* 4. *ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* id eſt, jus civile efficere non poteſt, ut qui exivit de fundo, non exierit. Jus civile factum infectum efficere non poteſt. Cæterum corpore per ſe ſolo non amittitur poſſeſſio.

Sed obſtat *l. pupillus.* 11. *ff. de acquir. rer. dom.* ubi dicitur, ne naturalem quidem poſſeſſionem pupillum amittere poſſe, niſi præſente tutore auctore. Reſp. Quid hic dicitur, intelligendum eſt tam de civili, quam naturali poſſeſſione; hoc modo, ut pupillus neque civilem poſſeſſionem, quæ jure & animo domini habetur, neque naturalem, quæ alio jure ſubnixa eſt, veluti uſusfructus vel pignoris jure, animo amittere poſſit ſine tutoris auctoritate, corpore ſaltem ab eo poſſit diſcedere. ſed quæ diſceſſio abſque animo in cauſa amittendæ poſſeſſionis nihil efficit, quia poſſeſſio abſque animo non amittitur.

Objicitur ſecundo *l.* 2. §. *ſi a pupillo.* 15. *ff. pro empt.* ubi qui a pupillo abſque auctoritate tutoris bona fide rem alienam emit, cum ignoraret eum pupillum eſſe, uſucapere poteſt. Reſp. Utilitatis ratione propter juſtum errorem id receptum eſt, ut emptor qui emit rem a pupillo, qui omnium opinione exiſtimabatur eſſe pubes, uſucapere poſſit; quia juſtus error ad perficiendam uſucapionem nemini nocere debet. *l. quod vulgo.* 11. *ff. pro empt.*

ASSERTIO C.

Poſſeſſio per colonum, commodatarium, & depoſitarium, quamvis alteri locet, commodet, vel deponat, retinetur.

SI rem tibi commodatam, tu alii exiſtimanti eam rem tuam eſſe, commodaveris, ego qui commodavi, non deſino eam poſſidere. *l. qui univerſas.* 30. §. *ult. ff. acq. vel amitt. poſſ.*

Sed objicitur huic ſententiæ *l. ſi pignore.* 54. §. 1. *ff. de furt.* quæ lex commodatarium, qui rem commodat alii, furtum facere tradit. Itaque ſi furtum facere ait, dominium poſſeſſione rei intervertit. Ergo dominus poſſidere deſinit. Reſp. Non deſinit poſſidere, quia etſi per eum cui commodavit, non poſſideat, quia fur eſt, poſſidet tamen per ſecundum commodatarium, ſi ipſe furti conſcius non fuerit; puta ſi putavit, ut non abs re ponitur in *d.* §. *ult.* rem fuiſſe commodantis. Vel potius reſponderi poteſt, quod commodatarius qui invito domino rem alteri commodat, non tam poſſeſſionis, quam uſus furtum facit. *d. l. ſi pignore.* §. 1. Cum enim per commodatum non transferatur poſſeſſio. *l. rei commodata.* 8. *ff. commod.* ſed uſus tantum; ſequitur, quod commodatarius per ſolum commodatum factum invito domino, faciat quidem furtum ipſius uſus, ſed tamen poſſeſſionem domini non intervertat.

Secundo ſtatuitur, me retinere poſſeſſionem, ſi colonus meus fundum alii locaverit, quod ſuo jure ſine vitio facere poteſt. *l. ſi id quod.* 25. §. 1. *ff. de adquir. vel amitt. poſſ. l. nemo.* 6. *C. de locat & conduct.* Itemque, ſi is apud quem rem meam depoſui, apud alium rurſus eam depoſuerit, quod etiam ſuo jure facere poteſt. *l. ſi is apud quem.* 16. *ff. depoſ.* Quod enim mihi coſtodiendum datum eſt, poſſum iterum alteri cuſtodiendum dare.

Sed objicitur *l. non ſolum.* 33. §. *qui pignori.* 4. *ff. de uſucap.* ubi traditur, dominum deſinere poſſidere, ſi depoſitarius vel commodatarius rem alii tradiderit. Reſp. Ibi commodatarius vel depoſitarius ex cauſa habili & idonea ad tranſlationem dominii alteri rem tradidit, puta ex emptione vel donatione, quo caſu intervertit poſſeſſionem domini. At ſi rem alii commodaverit, putans rem ejus eſſe, vel ſi depoſuerit apud alium, vel ſi alii locaverit, putans rem ejus eſſe, non deſinit dominus poſſidere. *gl.* & *Bart. in d. l. qui univerſas.* §. *ult.*

CENTURIÆ QUARTÆ ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ

ASSERTIO I.

Duo in ſolidum eandem rem poſſidere non poſſunt.

HÆc theſis late & copioſe ſatis confirmata eſt Centur. III. Aſſert. LXXXII. Et convincitur porro hoc neceſſario argumento, quod poſſidere eſt vacuam rei poſſeſſionem apprehendere. arg. *l.* 3. in princ. *ff. de act. empt.* Quod quia a duobus in ſolidum fieri non poteſt, cum, ſi unus ſemel rem apprehenderit, non poteſt alius abſolute & ſolide eandem rem occupare, niſi alter poſſidere deſierit. *l. certe.* 6. §. 1. *ff. de precar. l.* 3. §. *ex contrario. l. clam.* 6. §. *qui ad nundinas.* 1. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ſequitur, duos in ſolidum ejuſdem rei poſſeſſores eſſe non poſſe.

Objicitur *l. ſi finita.* 15. §. *ſi plures.* 15. *ff. de damn. infect.* ubi dicitur, ſi plures prætor mittat in poſſeſſionem damni infecti nomine, ſingulos poſſidere. Reſp. Poſſident quidem ſinguli, ſed non in ſolidum, quia concurſu partes faciunt. Hoc autem prætor recte facit in iis, quos ipſe poſſeſſores facit, quos ipſe mittit in poſſeſſionem. At cum in interdicto *uti poſſidetis* inter duos incidit controverſia de poſſeſſione, prætor hoc facere non poteſt, quia litigatores ad prætorem veniunt hoc animo, ut alterutrius poſſeſſio declaretur eſſe juſta, in eaque ab adverſario non turbetur.

Secundo odjicitur *l. ſi duo.* 3. *ff. de uti poſſid.* ubi dicitur, duos in ſolidum eandem rem poſſidere. Reſp. Duo quidem in ſolidum poſſident, ſed diverſo reſpectu. unus civiliter & ex juſta cauſa; alter injuſte, puta vi, clam, aut precario. Sed tamen quod ad ſummam, hoc eſt, perfectionem poſſeſſionis attinet, duo non poſſunt eandem rem in ſolidum poſſidere, id eſt, non poſſunt perfecte & abſolute poſſidere. Nam ille demum poſſidet, qui vacuam rei poſſeſſionem apprehendit. Itaque qui vi clam aut precario poſſident, item uſufructuarius, creditor qui rem pignori accepit, naturaliter quidem poſſident, ſed tamen perfecte non poſſident, quia vacuam rei poſſeſſionem non apprehenderunt. *l. clam.* 6. §. *ult. ff. de acq. vel amitt. poſſ. l. & habet.* 15. §. *eum qui* 4. *ff. de precar. l.* 1. §. *per eum.* 8. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.*

Tertio

Tertio adverſatur *l. 1. ff. uti poſſid.* ubi Prætor inquit: *Uti poſſidetis, quo minus ita poſſideatis, vim fieri veto.* Ergo videtur admittere duos in ſolidum poſſidere. Reſp. Prætor ait: *uti poſſidetis,* non quod duo vere poſſideant, ſed ratione controverſiæ tantum, quæ inter duos eſt de poſſeſſione. Cum enim uterque contendit ſe poſſidere, & ambo probant aliquot actus poſſeſſorios, & judici non conſtat de alterutrius poſſeſſione juſtiori, utputa ſi neuter probavit titulum vel antiquiorem poſſeſſionem, tunc judex ita pronuntiare ſolet: *Quia vos utroſque invenio poſſidere, & neutrum altero juſtiorem poſſeſſorem deprehendo, unde ſicut jam poſſidetis, ita poſſideatis, donec de alterius juſtiore cauſa appareat in judicio petitorio.* Ita tradit eleganter *Zaſius ad d. l. 3. §. ex contrario. ff. de acq. poſſ.* ubi notat, quod duo poſſident in ſolidum, non vera, ſed apparenti poſſeſſione; ut quia uterque probat aliquot actus poſſeſſorios, utputa ſi quis fundum aravit, vel coluit, ſi eundem alicui pro annua mercede locavit, ſi reditus vel penſiones fundi percepit, ſi tributa & collecta pro fundo perſolvit. qui actus arguunt, & probant poſſeſſionem penes aliquem exiſtentem. *l. Titia. 48. ff. de ſolut. l. ſi quis conductionis. 25. C. locat. & conduct. c. querelam. extr. de elect.* Similiter & per ingreſſum poſſeſſionis animo & intentione volentis ſibi poſſidere, probatur acquiſitio poſſeſſionis. *l. 3.* in princ. *ff. de acq. vel amitt. poſſ. Gail lib. 2. obſerv. c. 52.*

Quarto opponitur *l. & habet. 15. §. eum qui. 4. ff. de precar.* ubi & is qui precario dedit, & is qui precario accepit, poſſident. Reſp. Qui precario dedit, vere ſolus poſſidet, quia ad tempus tantum dedit, & eo animo, ut rem accipientis, non faciat, ſed ut in eum poſſeſſionem transferat pro tempore: quæ tamen impropria & adumbrata eſt poſſeſſio. Qui precario accepit, detinere potius, quam poſſidere dicendus eſt, quia ſolus uſus poſſeſſionis penes eum eſt, jus autem apud eum qui dedit; ſed dicitur poſſidere ideo, quia poſſeſſoris commodo fruitur. *Connanus. lib. 3. comm. c. 10. num. 6.*

Quinto obſtat *l. clam. 6. §. qui ad nundinas. 1. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, eum qui abſentis fundum ingreſſus eſt, poſſidere clam, & abſentem nihilominus poſſidere. Reſp. Is qui clam poſſidet, improprie poſſidet: manet enim is cujus fundus clam occupatur, in poſſidendi voluntate. ſed dicitur alter clam poſſidere, hoc eſt, detinere, ſicut is qui precario rogavit, poſſidere dicitur, id eſt, tenere & habere. Utraque enim & clandeſtina & precaria poſſeſſio, non eſt vera poſſeſſio. Sed obſtat ſolutioni *l. rem quæ nobis. 15. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, *rem quæ nobis ſurrepta eſt, perinde intelligimur deſinere poſſidere, atque eam quæ vi a nobis ablata eſt.* Reſp. Furtum in rebus mobilibus tantum committitur, quarum rerum poſſeſſionem amittimus, cum eas ita perdiderimus, ut neſciamus ubi ſint. Eleganter *Connanus d. loco.*

Assertio II.

Uſucapio non pugnat cum naturali æquitate.

Videbatur prima facie intuenti dicendum, quod uſucapio pugnet cum naturali æquitate; quia jus naturæ neminem vult locupletari cum alterius jactura. *l. nam hoc natura.* 14. *ff. de cond. indeb.* Sed qui rem alterius uſucapit, cum veri domini incommodo ſit locupletior. Reſp. Damnum quod quis ſua culpa ſentit, non videtur damnum ſentire. *l. quod quis.* 203. *ff. de R. J.* Itaque non locupletatur uſucapiens cum jactura prioris domini, quia ipſe ſibi imputet, quod rem ſuam tanto tempore perſequi neglexerit. Præterea introducta eſt uſucapio in pœnam dominorum, quorum ignavia deſeruntur poſſeſſiones, & prædia quaſi inculta relinquuntur.

Secundo naturalis æquitas dictat, ut id quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium non transferatur. *l. id quod noſtrum.* 11. *ff. de R. J.* At uſucapio vero domino aufert dominium, & ſine ejus voluntate uſucapienti tribuit. Reſp. Licet videatur præſcribens veteri domino quodammodo invito ſuum auferre; tamen penitius rem intuenti apparebit, præſcribentem non acquirere rem præſcriptam invito veteri domino. lex enim præſumit, dominum tanto tempore tacentem, & negligentem res ſuas, in alienationem conſentire. Qui enim patitur rem ſuam præſcribi, cenſetur longa patientia illam alienare, & alienationi conſentire. *l. alienationis.* 28. *ff. de V. S. Oldend. c.* 2. *de uſucap.* Adhæc publica tranquillitas, & ſalus populi, quæ ſuprema lex eſſe debet, præferenda eſt utilitati privatæ, cum lex ſuperior vincere debeat inferiorem. Atqui uſucapio bono publico introducta eſt; ne ſcilicet dominia rerum diu in incerto maneant, ſed ut ſecuritati poſſeſſorum conſulatur. *l.* 1. *ff. de uſucap.* Etſi enim diutiſſime quis rem poſſederat, tamen certus de jure ſuo eſſe non poterat, quoad lex civilis per uſucapionem acquiſitioni dominii certum ſtatuiſſet modum. Unde dicitur, quod uſucapio ſit finis litium. *l. ult. ff. pro ſuo.* Idem affirmat *Cicero*, dum ſcribit, *quod uſucapio eſt finis ſollicitudinis & periculi litium.*

Denique objicitur *nov.* 9. §. 1. ubi dicitur, quod præſcriptio ſit impium præſidium, & improba temporis allegatio. Ergo pugnat cum æquitate, quæ naturalis eſt. *l.* 1. *ff. de pact.* Reſp. Ibi Juſtinianus illam vocat impiam & improbam præſcriptionem, quæ cum mala fide procedit: quando ſcilicet mala fide quis detinet bona eccleſiaſtica, talem præſcriptionem lex improbat. Ergo uſucapionem, quæ bonam fidem requirit, evidenter confirmat. Ita reſpondet *Menoch. in arbitr. jud. quæſt. lib.* 1. *quæſt.* 39.

ASSERTIO III.

Si quis in diverticulo fluminis publici ſolus pluribus annis piſcatus ſit, alium eodem jure uti volentem prohibere poteſt.

TExtus eſt in *l. ſi quiſquam. 4. ff. de diverſ. temp. præſcr.* Hoc autem ita accipiendum eſt, quod hoc jus propter longam quaſi poſſeſſionem præſcribendo, id eſt, excipiendo poſſeſſori datum ſit, & piſcandi jus in diverticulo fluminis præſcriptione longæ poſſeſſionis defendi poſſit a poſſidente. Nam ſi ipſo exercitium piſcandi intermittente, alius jam piſcandi jus uſurpet, actio non datur ad obtinenda loca publica jure gentium. *l. ult. ff. de uſucap.* Itaque qui quæſitum ſemel jus piſcationis longa poſſeſſione, iterum amiſit non utendo, nulla actione id recuperare poteſt: quia poſtquam deſinit uti, & ceſſat piſcari in flumine, locus redit ad cauſam publicam, & cedit iterum occupanti ſine publico incommodo. *l. quod in littore.* 14. *ff. de acq. rer. dom.* Ita ſenſiſſe *Martianum in d. l. ſi quiſquam.* probatur ex eo, quod de littore occupato ſimiliter reſpondet in *l. in tantum. 6. ff. de rer. diviſ.* ubi docet idem Martianus, quod qui in littore maris ædificavit, ſoli dominus ſit, quamdiu ædificium manet. Et e diverſo, ſicut ædificio in littore poſito, diruto, locus ille redit ad cauſam publicam; ita ſi deſinat piſcari, qui ſolus longo tempore in aliqua parte fluminis piſcatus eſt, alterum eodem jure quin utatur, prohibere non poteſt. Hoc autem intereſt, quod in littore ſufficiat occupatio ſine longa poſſeſſione, in fluminis diverticulo vero ad jus piſcandi acquirendum longa poſſeſſione opus eſt: flumen enim eſt in bonis & publico jure populi. *l. 2. ff. de flumin.*

Non obſtat *l. ult. ff. de uſucap.* ubi dicitur, quod longæ poſſeſſionis præſcriptio ad obtinenda loca publica non procedat. Reſpondetur enim, quod jus piſcandi in flumine plene & abſolute uſucapione non acquiratur, ſed tamdiu quis illud ſibi tanquam proprium uſurpare & vindicare poſſit, quam diu jure piſcandi utitur. Si autem deſinat piſcari, alterum quin eodem jure utatur, prohibere non poteſt, Præterea requiritur præter continuum plurium annorum exercitium & uſum piſcandi, ut & alios ibi piſcari volentes prohibuerit, & ſic in quaſi poſſeſſione hujus juris per prohibitionem longo tempore factam ſit conſtitutus. *Jaſon. in l. quo minus. ff. de flumin.* Ratio decidendi, quod jus piſcandi in flumine publico non acquiratur, niſi & alii eodem jure uti volentes ab occupante prohibeantur, hæc eſt, quia piſcari in flumine publico, vel ire per viam publicam, ſunt actus meræ facultatis, qui non poſſunt præſcribi nullo unquam tempore, ne quidem per mille an-

annos, ſed tum demum acquiruntur, ſi & alii ab ejuſdem juris uſu prohibeantur, & iidem prohibitioni acquieſcant. *l.* 2. *ff. de via publ.* & ibi *gl.* & *Bart.* Pulchre *Cravet de antiquit. temp. part.* 4. *c.* 5. *num.* 98. *Balb. in tract. de praſcript. part.* 5. *princ. quaſt.* 1. *DD. in l. qui jure familiaritatis.* 41. *ff. de acquir. vel amitt. poſſ. Covarruv. in c. poſſeſſor. part.* 2. §. 4. *in* 6.

Ideoque non ex ſolo uſu piſcationis inducitur poſſeſſio alios excludens, cum piſcatio res ſit meræ facultatis, & uno deſinente piſcari, alius quo minus ibi piſcetur, prohiberi nequeat; ſed requiritur præterea, ut jus & poſſeſſionem prohibendi a piſcatione, prior poſſeſſor & piſcator longo tempore continuaverit. *Weſemb. ad tit. de ſervit. num.* 5. *in parat.* & *ad* §. *flumina. inſt. de rer. diviſ.* eleganter *Cujac. ad l. ult. ff. de uſucap.*

Objicitur *l. injuriarum.* 13. §. *ult. ff. de injur.* ubi dicitur, teneri eum actione injuriarum, qui prohibet aliquem piſcari in mari ante ſuas ædes. Reſp. Tunc demum tenetur injuriarum, ſi prohibens non eſt in poſſeſſione & uſu piſcandi. Alias ſi longo tempore præſcripſit jus piſcandi, & adhuc eſt in exercitio piſcandi, ſi alios prohibeat a piſcatione, non tenetur injuriarum actione.

Assertio IV.

Jus luendi pignoris præſcriptione XXX. vel XL. annorum non tollitur, juxta communem DD. opinionem.

Debitori perpetuo competit jus offerendi pecuniam, ut liberet pignus, nec ei objici poteſt præſcriptio xxx. annorum: ſemper enim juſtum & æquum eſt, ſoluta pecunia pignus debitori reſtitui. Probatur hæc deciſio tribus firmiſſimis rationibus & argumentis: Primo quia ad præſcriptionem juſtus titulus & bona fides requiritur. *l. nullo.* 24. *C. de rei vind. l. unic. C. de uſucap. transform.* Sed creditor titulum juſtum vel habilem ad uſucapiendum non habet. Deinde & poſſidentis pignus nulla poteſt eſſe bona fides, quia creditor ſcit ſe rem alienam poſſidere. Igitur cum creditor pignus non præſcribat, jus offerendi ad liberandum pignus perpetuo debitori competit.

Secundo qui alieno nomine poſſidet, non præſcribit *l. male agitur.* 2. *C. de praſcr.* 30 *vel* 40. *ann. l.* 1. *C. comm. de uſucap.* Ad præſcriptionem enim requiritur, ut pro domino quis poſſideat, ut ſibi, non alii poſſideat. Sed creditor pro alieno poſſidet, non autem pro ſuo, ideoque non poteſt præſcribere. *l. pignori.* 13. *ff. de uſucap.*

Tertio actio non poteſt tolli præſcriptione, antequam nata ſit. Sed pignoratitia actio non naſcitur tempore contractus aut conventionis de pignore conſtituendo; verum tum demum, cum debitor

bitor pignus repignoravit, id eſt, creditori ſolvit aut ſatisfecit, & ita pignus recepit. *l. ſi rem*. 9. §. *omnis*. 3. *ff. de pign. act.* Igitur non prius præſcribet creditor pignoratitiæ actioni, niſi poſtquam jam nata eſt, hoc eſt, ubi debitor ſolvit, aut ſatisfecit.

Objiciuntur huic enuntiato tria argumenta. Primum eſt ex *l. cum notiſſimi*. 7. §. *eodem*. 3. *C. de præſcr.* 30 *vel* 40 *ann.* ubi ſtatuitur, quod juri offerendi longiſſimo tempore præſcribitur. Sed ille §. nihil adverſatur, quia hoc tantum dicit, quod hypothecaria actio, quam poſterior creditor contra priorem habet, longiſſimi temporis præſcriptione tollatur: non autem tradit, quod jus liberandi pignoris competens debitori præſcriptione extinguatur. Jus offerendi competit etiam creditori pignoratitio. Sic jus offerendi datur creditori poſteriori, volenti in jus prioris creditoris ſuccedere, ut ſcilicet tertius creditor offerat primo creditori, quod ei debetur, atque ita in locum ejus ſuccedat, & præferatur ſecundo creditori. *l.* 1. & 5. *C. qui pot. in pign. hab. l. potior*. 11. §. *ult. ff. eod.* Hoc jus offerendi competens poſteriori creditori, longiſſimi temporis præſcriptione tollitur. *d.* §. *eodem. Pacius ad l.* 10. *C. de pign. act. num.* 26.

Secundo opponitur *l. nec creditores*. 10. & *l. ult. C. de pign. act.* Verum iſtæ leges nihil obſtant; quia loquuntur de nata jam pignoratitia actione, quam negant tolli longo tempore, ubi recte eam longiſſimi temporis præſcriptione conſumi Joannes affirmat. Verior itaque hæc eſt ſententia, quod jus luendi pignoris XXX. vel XL. annorum præſcriptione non tollatur, quam fortiter defendit *Rogerius in dialogo de præſcriptione*, contra Bulgarum & Accurſium, qui juri offerendi putant præſcribi XXX. annis. Erudite *Cujac. ad l. pignori. ff. de uſucap.*

Tertio objicitur, quod debitor potuiſſet intra XXX. annos pignus luere, & ſic pignoratitiam actionem ſibi gignere. Hoc ergo cum non fecit, cum facile facere potuerit, merito ipſi præſcriptio obſtabit. Qui enim poteſt facere, ut poſſit parere conditioni, jam poſſe videtur. *l. qui poteſt*. 174. *ff. de R. J.* Reſp. Non valet conſequentia, ut ex ſimili colligi poteſt. Nam & filiusfam. facile impetrare poteſt a patre, ut ſibi agendi poteſtatem faciat de bonis adventitiis, & tamen ſi filiusfam. hoc non fecerit, non propterea obſtat ei agere volenti præſcriptio. *l. unic.* §. *fin. C. de annal. except.* Ergo multo minus debet obſtare debitori, quod intra XXX. annos pecuniam non ſolverit, cum paratior plerunque ſit agendi quam ſolvendi facultas. Illud poſtremo adjiciendum, quod conſuetudine Germaniæ præſcriptione centenaria jus luendi, quod procedit ex pacto retrovenditionis, extinguatur; ſed jus luendi pignoris, quod competit debitori, ſemper durat, nec præſcribitur ullo unquam tempore. Ita ſervatur paſſim in Germania, & juxta hanc opinionem in Camera imperii judicatur. *Weſemb. cent.* 1. *conſ.* 2. & 8. *Minſ. cent.* 1. *obſ.* 16. & *cent.* 4. *obſ.* 4. *Gail lib.* 2. *obſ. c.* 18. *Bor-*

18. *Borcholt. in tract. de uſur. c. 7. Pacius ad d. l.* 10. *C. de pign. act. num.* 28. ubi notat hanc eſſe communem DD. opinionem, quod jus luendi pignoris 30. annorum præſcriptione non tollatur, licet contrariam ſententiam confirmaverit ſenatus Pariſienſis teſte *Andrea Tiraquello in tractatu de retractu conventionali, num.* 26. Quem ſequitur & probat *Contius ad l.* 4. *C. de præſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* ubi notat moribus totius Galliæ receptum eſſe, ut jus luendi, offerendi & redimendi pignoris, præſcriptione 40. annorum tollatur.

ASSERTIO V.

Qui XXX. annis penſiones annuas non ſolvit, liberatur a præſtatione præteritarum, non futurarum penſionum.

ILluſtris & in judiciis admodum frequentata eſt quæſtio, quomodo annuæ penſiones præſcribantur: in qua tres præcipuæ & diverſæ interpretum opiniones reperiuntur, quas recenſet *gl. in l. cum notiſſimi.* §. *in iis. C. de præſcr.* 30 *vel* 40 *ann.* Prima fuit Bulgari & Rogerii, qui putarunt in annuis præſtationibus xxx. annorum ſpacio jus exigendi in totum tolli, quos ſequuntur Accurſ. Bart. Jaſ. & alii. *Maſſuer. in pract. tit. de præſcript.*

Secunda fuit opinio Martini in *d.* §. *in iis.* putantis ſingulorum annorum ſingulas eſſe præſcriptiones, atque ita tam ex contractibus, quam legatis præſcribi xxx. annorum ſpacio præterlapſas, non etiam futuras penſiones: quem ſequuntur Petr. de bella Pertica, Cynus, Salicet. & Fulgoſ.

Tertia fuit ſententia Joannis diſtinguentis annuas præſtationes ex contractibus, ab iis quæ ex legatis deſcendunt; in legatis xxx. annorum ſpacio præteritas tantum penſiones præſcribi, in contractibus vero unam tantum præſcriptionem ſufficere, etiam quoad futuras penſiones. Quam opinionem ſequuntur *Azo* & *Balbus de præſcript.* 4. *part.* 4. *princ. in* 4. *quæſt. princ.* In hac opinionum diverſitate videtur probabilior Martini opinio, videlicet, quod præſcriptione xxx. annorum, penſiones præteritæ, non futuræ præſcribantur.

Confirmatur hæc ſententia tribus poſſimum argumentis. Primo per *l. ſi uſusfructus.* 28. *ff. quib. mod. uſusfr. amitt.* ubi dicitur, ſi alternis annis relictus ſit uſusfructus, quod hujuſmodi legatum annuum non utendo non amittatur: quia quilibet annus ſuum incipit uſumfructum, & in legatis annuis tot ſunt legata, quot anni, & ſic totidem actiones & præſcriptiones, nec ſufficit unica præſcriptio pro omnibus annis. Hæc eſt communis & receptior DD. opinio, ut notat *Guido Papa quæſt.* 406. *in deciſ. Gratianop.* & ideo in judicando eſt ſequenda.

Se-

Secundo probatur hæc opinio per textum in *d. l. cum notiſſimi.* §. *fin.* ubi dicitur, in annuis præſtationibus computari præſcriptionem ab initio cujuſque anni. deinde textus ibi æquiparat debita ex ultima voluntate & contractibus. Itaque cum ſingulorum annorum ſit una & ſeparata præſcriptio, non poteſt unica præſcriptio pro futuris penſionibus ſufficere. Et hæc ſententia, quod ſcilicet præſcriptio annuarum penſionum ad futuras penſiones non extendatur, in Camera imperii obſervatur; unde ab ea recedere in foro non eſt tutum. Ita notat *Minſ. cent.* 3. *obſ.* 13.

Tertio confirmat hanc ſententiam, quod tam in contractibus, quam ultimis voluntatibus, pro ſequentibus annis, in annuis debitis eſt obligatio in diem vel ſub conditione, *l. ſi Stichum.* 16. §. 1. *ff. de verb. obl. l.* 1. *C. quand. dies leg. vel fideic. ced.* ubi dicitur, quod in annuis legatis ab initio cujuſque anni competit primum exigendi facultas. Ergo pro annis ſequentibus, ante diem obligationis non incipit currere præſcriptio: quia quod nondum exiſtit, ſed incerta conditione ſuſpenſum hæret, præſcribi non poteſt: & actori non obſtat præſcriptio, niſi ab eo tempore quo agere potuit & debitorem ad ſolvendum compellere. *l. filius fam.* 11. *ff. de tutel. & rat. diſtr. &c. d. l. cum notiſſimi.* §. *illud. l.* 1. in fin. *C. de annal. exception.*

Ad *l. eos.* 26. *C. de uſur.* qua traditur debitorem xxx. annorum præſcriptione a ſorte liberatum, ab uſuris quoque liberari. Reſpondetur, quod illa in uſuris, fructibus, & reliquis acceſſionibus loquatur, hæc autem in ſorte & principali debito vera ſunt. Cum enim obligatio uſurarum ſit acceſſio ſeu ſequela ſortis ſive principalis obligationis, ſequitur quod extincta principali obligatione ſortis per præſcriptionem xxx. annorum, extinguatur quoque obligatio acceſſoria uſurarum. *l. cum principalis.* 178. *ff. de R. J.* Diverſum obtinet in reditibus annuis intra xxx. annos non ſolutis. tunc enim præteriti tantum temporis reditus, quorum reſpectu xxx. anni præterlapſi ſunt, peti & exigi non poſſunt: ſed ſequentium annorum reditus recte petuntur, cum iſti annui reditus tanquam principale debitum per ſe ſubſiſtant. *Coſtalius ad d. l. ſi uſuſfr. Borcholt. de uſur. c.* 4. *num.* 38. 39. & 40.

ASSERTIO VI.

Perſonales actiones amittuntur XXX. *annis, licet præſcribens careat bona fide.*

HÆc propoſitio jure civili eſt indiſtincte vera, ut aliquis ſit litium finis, & ne in incerto maneant rerum dominia. *Weſemb. ad tit. ſi uſuſfr. pet.* Imo & jure canonico hoc verius & probabilius eſſe defendit *Coſtal. ad l.* 6. *ff. de ſerv. urb. præd.* Ratio eſt, quia

quia ad præſcriptionem actionum perſonalium non diſpicitur factum poſſidentis, ſed negligentia non utentis ſeu agere ceſſantis ſufficit; & præſcriptiones longiſſimi temporis non reſpectu poſſidentium, neque conſiderato utrum bonæ vel malæ fidei ſint, ſed in odium tantum agere negligentium ſunt introductæ. *l. ult. C. de annal. except.* Probat hoc *Bart.* quoque *in l.* 4. §. *ſi viam. ff. de uſucap.*

Objicitur, quod jure canonico malæ fidei poſſeſſor nunquam præſcribat. Reſp. Hoc intellectum & rationem habet in caſibus, in quibus poſſeſſio & uſus præſcribentis requiritur; non autem in iis actionibus, quæ ſola negligentia non utentis amittuntur. Probatur hoc exemplo ſervitutum. In præſcribenda libertate ſervitutum urbanarum opus eſt facto præſcribentis: utputa qui debet vicini prædio ſervitutem tigni immittendi, non aliter libertatem ſervitutis præſcribit, quam ſi vicinus non habeat tignum immiſſum; & præterea requiritur, ut foramen in quod vicini tignum immitti ſolet, a domino prædii ſervientis ſit obſtructum. *l. hac autem.* 6. *ff. de ſerv. urb. præd. l. etſi forte.* 6. §. 1. *ff. ſi ſerv. vind.* Non amittuntur urbanæ ſervitutes non utendo, ſed præterea facto ejus opus eſt, qui ſervit. Itaque tum demum amittuntur, cum is qui ſervitutem debet, aliquid contra ſervitutem agendo, prædii ſui libertatem uſucepit. *l. ſi quis alia.* 18. §. *ult. ff. quemadm. ſerv. amitt.* Igitur quia uſus & factum poſſidentis neceſſario requiritur, debet habere præſcribens bonam fidem, & exiſtimare ſe ſuo jure uti. *l. ſi ædes.* 32. *ff. de ſerv. urb. præd. l.* 1. *C. de ſerv. & aqua.* l. *ſi quis diuturno.* 10. *ff. ſi ſerv. vind.* Contra ad præſcribendam libertatem a ſervitute ruſtica ſatis eſt amittentem non uti, licet alter nihil faciat. Itaque quia per ſolam non utentis negligentiam ruſticæ ſervitutes amittuntur, ideo nec præſcribentis bona fides requiritur. Quamobrem licet is, cujus fundus debet ſervitutem, dominum viæ vi expulerit, nihilominus longo tempore viam præſcribet. *l.* 4. §. *ſi viam.* 27. *ff. de uſucap.* Unde recte colligitur, quod in præſcriptione actionum perſonalium mala fides non attendatur, eo quod in præſcriptione illarum nullum interveniat factum poſſidentis, ſed tantum negligentia non utentis vel non agentis inſpiciatur. *Coſtal. d. loco.* Illud poſtremo notandum, quod licet præſcriptio xxx. annorum in actionibus perſonalibus bonam fidem non requirat, tamen contra hanc præſcriptionem datur reſtitutio in integrum ex capite ignorantiæ, iis qui jus ſuum ignorantes ſibi præſcribi ſiverunt, intra quadriennium a tempore ſcientiæ computandum. *gl. in l. ſicut.* verb. *militia. C. de præſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* & *in d.* §. *ſi viam.* quod comprobat *Weſemb. conſ.* 5.

ASSER-

Assertio VII.

Mala fides, ſuperveniens poſt impletam præſcriptionem, non interrumpit eam.

Vetus eſt quæſtio, An, ſi mala fides poſt completam præſcriptionem ſuperveniat, debeat res præſcripta reſtitui. Et verior eſt ſententia, quod poſſit res præſcripta retineri. Ita decidit *gl. in c. vigilanti. extr. de præſcript.* Et hanc ſententiam communis DD. ſchola amplectitur, atteſtantibus *Panorm. in d. c. vigilanti. Joan. Andr. Alberico* & *Dyno in c. poſſeſſor. de reg. jur. in 6. Balb. de præſcript. in 3. part. princ. 2. part. quæſt. 7.* Ratio eſt, quia legis auctoritate jam in eum translatum eſt dominium, & juſte poſſidet, qui legis auctoritate poſſidet. *l. juſte. 11. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Confirmatur & hæc theſis hac evidenti ratione, quia non poteſt dici in mala fide eſſe, cui ſupervenit ſcientia rei alienæ, completa jam præſcriptione. nam mala fides eſt ſcientia rei alienæ. Sed res præſcripta non poteſt dici aliena, poſtquam eſt præſcripta, ſed cenſetur propria præſcribentis. Tertio confirmatur iſta aſſertio tali ratione, quod lex vel Princeps ex juſta cauſa poteſt dominium auferre uni & tribuere alteri. *l. Lucius. 11. ff. de evict. l. item verberatum. 15. §. 1. ff. de rei vind.* Si ergo Princeps domino invito & non conſentiente poteſt dominium rei ſuæ alicui ex legitima cauſa auferre: Ergo cum ſimiliter lex vel Princeps adjicit præſcribenti dominium, non tenetur is qui legis auctoritate præſcripſit, rem uſucaptam reſtituere, quia non detinet alienum, ſed quod auctoritate legis ſuum factum eſt. Non enim poteſt dici alienum, quod jure & ex ordinatione legis poſſidetur. *c. quid dicam. 14. q. 4.* Lex namque magis noſtrarum rerum domina cenſetur, quam nos ipſi, vel ulli privati domini, cum lex ſit omnium rerum domina & regina. *l. 2. ff. de legib.* Confirmat hanc deciſionem *Fachin. libr. 1. controv. jur. c. 64.* Vide *Franciſ. Sarmient. libro 2. ſelectar. interpretat. cap. 10. Vaſquium in illuſtr. controv. part. 1. lib. c. 74.* ubi dicit & refert hanc eſſe communem opinionem Canoniſtarum & Legiſtarum.

Assertio VII.

In uſucapionibus dies cœptus pro completo habetur.

Ulpianus *in l. 6. ff. de uſucap.* ita reſpondet: *In uſucapionibus non a momento ad momentum, ſed poſtremum totum diem computamus.* Quibus verbis hoc ſignificat JC. non computare nos in uſucapionibus tempus ab hora ad horam, ut neceſſe ſit, qua hora quis cœpit poſſidere & uſucapere, in eandem horam deſinere ultimi

ultimi anni diem, quo finiatur uſucapio, ſed computare totum diem poſtremum: ut ſcilicet cum ad eum diem perventum ſit, quamvis cœptus tantum ſit, non finitus, nihilominus completum cenſeatur uſucapiendi tempus. *l. penult. ff. de diverſ. temp. præſcr.*

Sed obſtat huic ſententiæ *l. in omnibus. 6. ff. de obl. & act.* ubi ſic ſtatuitur: *In omnibus actionibus temporalibus, niſi noviſſimus dies totus compleatur, non finitur obligatio.* Ergo actio in rem prioris domini non finietur quoque per uſucapionem, niſi noviſſimo uſucapionis die completo. *Reſp.* Iſtius legis definitio tantum de actionibus in perſonam ſcripta extat, & ad actiones in rem, quæ uſucapione perimuntur, nulla ratione pertinet. Quod verba legis evidenter demonſtrant: nam lex ait *finiri obligationem.* atqui ſolæ actiones perſonales naſcuntur ex obligatione, actio in rem minime. §. 1. *inſtit. de action.*

Sed quæritur ratio diverſitatis, cur actiones perſonales non finiantur niſi noviſſimo die completo, actio vero in rem finiatur ſimul atque uſucapio ad noviſſimum diem poſtremi anni pervenit, etiamſi is dies nondum ſit finitus. Dicendum, in uſucapione id receptum eſſe favore bonæ fidei poſſeſſoris, ut qui ultimum diem triennii attigerit, uſucepiſſe dicatur. Econtra in præſcriptione actionum perſonalium ideo dies de momento ad momentum computantur, quia ibi tantum attenditur negligentia creditoris ceſſantis actionem exercere, non favor poſſidentis. Ideoque quia iſtæ præſcriptiones actionum perſonalium ſunt odioſæ, ſtrictius ſunt interpretandæ.

ASSERTIO IX.

Pignus a debitore creditori ſurreptum uſucapi poteſt, hypotheca non item.

DOcet JC. *Paulus in l. 4. §. ſi rem pignori. 21. ff. de uſucap.* quod *ſi debitor* creditori *rem pignori datam ſurripuerit, & vendiderit,* nihilominus *eam uſucapi poſſe.* Concordat. *l. ſi rem. 5. ff. pro empt.* Sed contrarius ſibi ipſi eſt *Paulus in l. ult. ff. de uſucap.* & cum illa lege congruit *l. 6. C. de uſucap. pro empt.* ubi deciditur, quod ad hoc ut pignus a debitore creditori ſurreptum, & alteri diſtractum uſucapi poſſit, requiritur, ut prius pervenerit in poteſtatem creditoris.

In hac antinomia concilianda ſervanda mihi videtur diſtinctio Cujacii, tradita in *d. §. ſi rem pignori.* quæ ita habet: Aut debitor creditori detinenti pignus ſurripuit & vendidit, & eo caſu pignus ab emtore uſucapi poteſt. Ratio eſt, quia poſtquam furtum factum eſt, res rediit in poteſtatem debitoris, atque ſic furti vitium purgatum eſt. & ita accipienda eſt *d. l. 4. §. ſi rem.* & *d. l. ſi rem.* Aut debi-

debitor pignus quod a creditore non tenebatur, alii vendidit & tradidit; & hoc modo ſi furtum factum ſit, res uſucapi non poteſt. Ratio diverſitatis eſt, quia poſtquam furtum factum eſt, res non rediit in poteſtatem debitoris, ſed ante, ut non ſit purgatum vitium; atque ita res quaſi furtiva uſucapi non poteſt. Et hoc modo intelligi debet *d. l. ult.* & *l. 6. C. de uſucap. pro empt.* Caſtrenſis conciliat haſce leges hac diſtinctione. Aut per extraneum res pignori data ſurripitur, & tunc non uſucapitur, niſi perveniat in poteſtatem domini. Aut per ipſum ſeu debitorem ſurripitur, & tunc non efficitur furtiva, ideoque nec opus eſt ut redeat in poteſtatem domini: quia ſatis cenſetur reverſa, ex quo apud eum fuit. Ita accipienda eſt *d. l. 4. §. ſi rem pignori.* Quod tamen ita procedit, ut reſpectu veri domini poſſit uſucapi, & contra ipſum dominum. Sed quantum ad hoc, ut poſſit uſucapi contra creditorem, & quoad jus hypothecæ, requiretur, ut revertatur in poteſtatem creditoris, cui ſurrepta eſt res pignori data, & aliter non præſcribitur. Ita intelligenda eſt *l. ult. ff. de uſucap.* Ita notat *Caſtrenſ.* abbreviator Bartoli *ad l. 4. §. quod autem. ff. num. 4. de uſucap.*

Assertio X.

Res empta a furioſo bona fide, uſucapi poteſt.

QUI ignorans rem emit a furioſo, cum putaret eum ſanæ mentis eſſe, poſſidet & uſucapit pro emtore. *l. pignori. 13. §. 1. ff. de uſucap.* Quæſtionem movebat, quod uſucapio ſine titulo non procedit: ſed hic nulla cenſetur eſſe emtio, quia furioſi conſentire non poſſunt. attamen utilitatis cauſa hoc receptum eſſe, ut procedat uſucapio, tradit *Paulus in l. 2. §. ſi furioſo. 16. ff. pro empt.*

Sed hic magna occurrit antinomia: nam in *d. §. ſi a furioſo.* traditur, quod ei qui ignorans emit a furioſo, non competat Publiciana. Contrarium aperte diciditur in *l. 7. §. Marcellus. 2. ff. de Publ. in rem. act.* dum inquit Ulpianus, *eum qui ignorans emit a furioſo, poſſe uſucapere,* & proinde ei Publiciana actio competit. Reſp. Stricto & ſummo jure nec Publiciana nec uſucapio competit ei, qui emit ignorans a furioſo: quia cum nulla ſit emtio, ſi merum jus ſpectemus, quæ contrahitur cum furioſo, nec competit Publiciana, nec uſucapio procedit, Sed tamen utilitatis cauſa, id eſt, ex æquitate contra jus ſtrictum hoc receptum eſt, ut ſit locus uſucapioni, & competat Publiciana: nam emtio quæ mero jure non valet, æquitatis cauſa conſiſtere intelligitur. *Duaren. ad tit. de uſucap. c. 2. Faber lib. 1. conject. c. 18.* Aliter *Cujac. ad d. l. 2. §. ſi a furioſo.* & *lib. 16. obſer. c. 29.* ubi notat hæc verba, poſita in *d. §. ſi a furioſo. nec Publiciana competit, nec acceſſio poſſeſſionis,* eſſe ſpuria, & ſuppoſititia, propter *d. l. 7. §. Marcellus. ff. de*

de publ. in rem. act. Idque ex Greco interprete Conſtantino Harmenopulo confirmat, qui ea verba *nec Publiciana competit*, tanquam ſuperflua rejicit & non agnoſcit, tanquam a jure civili abhorrentia. Nam ſi hoc caſu cum quis a furioſo bona fide rem emit, procedit uſucapio, etiam Publiciana actio locum habet; cum hæc neceſſario inter ſe ſint conſequentia, ut uſucapio procedat, etiam Publiciana actio competat. arg. *l.* 1. *ff. de Publ. in rem act.* Vide aliter has leges conciliantem *Joan. Robert. libro* 2. *recept. ſentent. c.* 10. cui tamen reſpondet *Anton. Mercator, lib.* 2. *notar. c.* 27.

Assertio XI.

Uſucapione pignus non extinguitur.

Quod uſucapione non extinguatur jus pignoris, diſerte affirmatur in *l.* 7. *C. de pignor.* ubi Imp. Gordianus reſcribit, quod *uſucapio conventionem pignoris non extinguit.* & in *l. juſto.* 44. §. *non mutat.* 5. *ff. de uſucap.* Exempli gratia: Fundus quidam a debitore pignori obligatus erat. alius quidam extraneus eum a non domino bona fide emit, eumque decem annis poſſedit & uſucepit. Quæritur, an jus pignoris uſucaptum ſit. Et deciditur, quod jus pignoris uſucapione non extinguatur. Licet enim poſſeſſor contra dominum & debitorem acquiſivit dominium uſucapione; tamen nihilominus creditori ſalva manet perſecutio pignoris adverſus hunc, qui uſucepit dominium pignoris. Ratio decidendi redditur in *d.* §. *non mutat.* quia pignoris perſecutio nulla ſocietate cum dominio jungitur, id eſt, non ſic pignus jungitur dominio, ut neceſſe ſit eum qui dominus ſit, jus pignoris in eadem re habere. Imo horum contraria inter ſe eſt natura. Qui enim dominus eſt, jus pignoris in eadem re habere non poteſt, cum pignus rei ſuæ non conſiſtat. *l. neque pignus.* 45. *ff. de R. J.* Ideoque qua ratione fit, ut debitor amiſerit dominium uſucapione, eadem fit in contrarium, ne creditor ejuſdem rei pignus amittat.

Objicitur *l.* 1. & 2. *C. ſi adverſ. cred. præſcript. oppon.* ubi dicitur, creditori pignus ſuum perſequenti obſtare præſcriptionem longi temporis. Reſp. Quod dicitur uſucapione pignus non extingui, hoc ita intelligendum eſt, quod ſolius debitoris ſilentium, quo ipſe paſſus eſt rem ſuam uſucapi, creditori non noceat ad pignus extinguendum. Licet enim debitor, qui ſiluit longo tempore, cum res ſua uſucaperetur, amittat rei ſuæ dominium, tamen hoc factum non nocet creditori, dummodo creditor non ceſſavit longo tempore pignus perſequi. Cæterum ſi creditor etiam per decem vel viginti annos ceſſavit in perſecutione pignoris, præſcriptio longi temporis pignus ei poſtea perſequenti obſtabit. Quod ergo dicitur

in *d.*

in *d. l.* 1 & 2. creditori obſtare præſcriptionem longi temporis in perſecutione pignoris, hoc intelligendum eſt non de longo ſilentio debitoris, ſed creditoris, quod ſcilicet præſcriptione longi temporis actio hypothecaria extinguatur, ſi creditor x. vel xx. annis, ex quo res ſibi pignori obligata eſt, ceſſavit jus ſuum perſequi. *Donell. lib. 5. comm. c. 29.* & *ad d. l. 7. C. de pignor.* Aliam ſolutionem vide *in operibus poſtumis apud Cujacium, in comment. ad librum. 4. Cod. ad tit. de oblig. & act. ad l. 6.* & 7. qui tradit, *l. 7.* dum dicit, uſucapione pignus non extingui, accipiendam eſſe ſecundum jus vetus, quo anno vel biennio res uſucapiebantur. At cum hodie ex conſtitutione Juſtiniani rerum immobilium dominium longo tempore per uſucapionem acquiratur. *l. unic. C. de uſucap. transform.* conſtitutum etiam eſt, ut hypotheca eodem modo etiam præſcriptione x. vel xx. annorum finiatur.

Assertio XII.

Sine poſſeſſione, eaque continua, non procedit uſucapio.

Comprobatur hæc aſſertio aperte in *l. fine. 25. ff. de uſucap.* Cui concordat *c. fine. de R. J. in 6.* Ratio aſſertionis eſt, quia cauſa uſucapionis eſt poſſeſſio, cum uſucapio nihil aliud ſit quam capio; id eſt, acquiſitio per uſum, id eſt, poſſeſſionem. *l. quæſtio. 115. ff. de V. S. l. 3. ff. de uſucap.* Unde niſi integra & continua ſit cauſa, effectus perfici non poteſt.

Objicitur primo, quod hereditas jacens, hoc eſt, quæ nondum eſt adita, non poſſidet, quia non habet animum, per quem civiliter poſſidetur & factorum eſt incapax. *l. 1. §. Scævola. 15. ff. ſi is qui teſt. lib. eſſe juſſ. &c.* & tamen cœptam a defuncto uſucapionem complet. *l. cœptam. 40. l. juſto. 44 §. nondum. 3. ff de uſucap.* Reſp. Hoc ſingulari jure & utilitatis cauſa receptum eſt, quod ſcilicet hereditas jacens tantiſper defuncti perſonam ſuſtinet. *l. hereditas. 34. ff. de acq. rer. dom.* fingiturque hereditas eo reſpectu qualem qualem poſſeſſionem non vere, ſed juris interpretatione & fictione habere, ac proinde inchoata a defuncto uſucapio poterit jacente hereditate compleri, modo non fuerit poſſeſſio medio tempore ab alio occupata. *l. poſſeſſio. 20. ff. de uſucap.*

Secundo adverſatur quod Labeo reſpondet in *l. rerum. 30. §. Labeo. 1. ff. de uſucap.* ſi is cui ad uſucapionem columnarum vel tegularum x. dies ſupereſſent, eas in ædificium contulit, eum nihilominus uſucapturum, licet pauciſſimis iſtis diebus ceciderit poſſeſſor a poſſeſſione. Reſp. Non omnino fuit ibi amiſſa poſſeſſio: nam qui tignum ædibus ſuis jungit, quodammodo poſſidet, non quidem diſtincte & ſeorſim, ſed confuſe & univerſaliter ratione totius, quod utique poſſidetur.

Assertio XIII.

Minime probandum eſt, quod Innocent. III. *Pont. reſcripſit, ordinarium debere judicis delegati ſententiam exequi, etiamſi ſciat illam eſſe injuſtam.*

Extat hoc reſcriptum in *c. paſtoralis.* §. *quia vero. de off. deleg.* ubi Pont. Innocentius. III. epiſcopo Helienſi in hæc verba reſcribit: *Attendentes itaque, quod non cognitio, ſed executio demandatur judici ordinario, reſpondemus, quod cum ordinarius teneatur obſequi delegato, etiamſi ſciat ſententiam illam injuſtam, exequi nihilominus tenetur eandem, niſi apud eum efficere poſſit, ut ab hoc onere ipſum abſolvat.* Idem probatur in *c. ſignificaſti. de off. deleg.* Nos ſolidis rationibus & argumentis defendemus, ordinarium non teneri exequi ſententiam iniquam judicis delegati, ſed potius ei reſiſtere poſſe. Primo judex eſt Dei miniſter in terris, & ejus judicium cenſetur prodire de vultu Dei. *c. ut noſtrum. de appell.* Ergo tamdiu delegatus eſt miniſter Dei, quamdiu juſtitiam exercet, defendit, & tuetur. Hinc præcipitur judici, ut juſtitiam & judicium faciat, & liberet vi oppreſſum de manu calumniantis. *Jerem.* 22. *verſ.* 3. Quando ergo judex injuſte agit, facit ut privatus, & poteſt ei reſiſti, ſicut cuilibet privato violenter injuriam inferenti, per rotundum textum in *l. devotum.* 5. *C. de metat. & epidemet. lib.* 12. *tit.* 41. *Maran. diſp.* 1. *num.* 17.

Secundo pro hac ſententia facit §. *deinde. nov.* 17. ubi mandat Imp. Juſtinian. judicibus, ne permittant Principis officiales ex aula venientes ſubditos lædere, vel aliquid injuſte exequi, ſed eos puniant, ſi quid tale fecerint.

Tertio quando magiſtratus aliquid exequitur contra jus, poteſt ei violenter reſiſti etiam a privato. *l. prohibitum.* 5. *l. defenſionis.* 7. *C. de jur. fiſc. l. omnes.* 34. *C. de decur. l. his quidem.* 5. *C. qui milit. poſſ. vel non poſſ. & de ſerv. ad milit. & c. l. devotum.* 5. *C. de metat. & epidemet. l. quoniam.* 21. *ff. de appell.* in quibus legibus unanimiter ſtatuitur, quando judex procedit de facto extrajudicialiter contra jus, tunc cuilibet etiam privato licet ei reſiſtere.

Quarto & ultimo, quando magiſtratus facit aliquam executionem injuſtam & a jure prohibitam, dicitur violentiam inferre. *l. plerique.* 18. *ff. de in jus voc.* Unde eodem modo dicendum eſt in caſu propoſito, quod judex injuſte exequens vim inferat, & merito ſibi poſſit violenter reſiſti. Confirmatur etiam hæc ſententia per *c. conquerente. extr. de reſt. ſpol.* ubi dicitur, ſi judex privet aliquem ſua poſſeſſione injuſte, dicitur committere ſpolium, ſicut pri-

privatus, & ita tenetur. Ad quod facit textus in *l. ult. C. ſi per vim vel alio modo abſent. turb. ſit poſſeſſ.* ubi dicitur, quod ne quidem auctoritate reſcripti Principis debet quis poſſeſſione ſua ſine cauſæ cognitione privari.

Non obſtat, quod delegatus Principis in cauſa ſibi commiſſa dicatur major quocunque ordinario judice. *c. ſane quia. de off. deleg.* Inferior autem judex non poteſt cognoſcere de viribus ſententiæ ſuperioris, quia intelligitur major ſolum reſpectu negotii ſibi commiſſi: ſed per Principem cenſetur commiſſum, ut juſtitiam faciat. *c. cum æterni. de re jud. in* 6. Unde quoties contra leges judicat, toties licite ei poteſt reſiſti, quia facit & procedit extra commiſſionem ſuam, & cenſetur ut quilibet privatus.

Secundo non obſtat *l. adverſus.* 3. *C. ſi adv. rem jud. reſtit. poſtulet.* quæ ſoli Principi defert poteſtatem ſententias ſui delegati infringendi: quia ibi loquitur Imp. de reſtitutione in integrum, quæ indicat ſententiam valere. nam ſi eſſet ſententia ipſo jure nulla, non opus eſſet reſtitutione in integrum petere. toto *tit. C. in quib. cauſ. in integ. reſt. non eſt neceſſ.* Unde judex ordinarius non poteſt reſcindere ſententiam delegati a Principe, quæ valet ſummo jure, ſed ſolus Princeps audiendus eſt, niſi contineret manifeſtam iniquitatem: vel vult exequi in caſu ſibi non commiſſo, quibus caſibus poſſet etiam reſiſti delegato Principis per judicem ordinarium. *Maran. d. diſputat.* 1. *num.* 41.

Ultimo non obſtat, quod dicitur in *l.* 1. §. *idem Pomponius.* 5. *ff. quod falſ. tut. auct. geſt. eſſe dic.* quod auctoritas prætoris, ſeu judicis faciat licitum, quod alias erat illicitum. Quia hoc verum eſt, quando interponitur judicis auctoritas ſecundum jus, & juris ordine ſervato: alias nihil operatur factum judicis. *Maran. d. loco. num. ultim.*

ASSERTIO XIV.

Sententia ex falſis inſtrumentis vel teſtibus lata, non eſt ipſo jure nulla, ſed ope reſtitutionis in integrum reſcinditur.

CUm ſententia ex falſis inſtrumentis vel teſtibus eſt pronuntiata, illud refert, utrum contra abſentem, an contra præſentem ſit prolata. Priore enim caſu ſententia ipſo jure nulla eſt. *l. ſi prætor.* 75. verſ. *Marcellus. ff. de judic. l. ſi quis.* 29. *ff. ad l. Corn. de falſ. Si quis* (ait) *obrepſerit præſidi provinciæ, tam per acta, quam libelli interpellationem, nihil agit.* Quibus verbis ſignificatur, ſententiam ipſo jure nullam eſſe. Poſteriore vero caſu ſententia ex falſa ſuggeſtione vel falſis probationibus contra præſentem lata, remedio

reſtitutionis in integrum reſcinditur. *l. Divus.* 33. *ff. de re jud.* facit huc *l.* 1. & 3. *C. ſi ex falſ. inſtr. jud. ſit.*

Objicitur *l. qui agnitis.* 11. *ff. de except.* ubi diciditur ex ſententia, lata ex falſis inſtrumentis, non competere rei judicatæ exceptionem. Unde colligitur, talem ſententiam ipſo jure nullam & invalidam eſſe. Reſp. Hoc tum demum verum eſt, ſi detecta prius falſitate per reſtitutionem in integrum, ſententia ex falſis probationibus lata fuerit reſciſſa. Quæ reſponſio probatur ex *d. l. qui agnitis.* ubi cum Modeſtinus ſcribit nullam competere exceptionem rei judicatæ ex ſententia lata ex falſis inſtrumentis, ſubjungit rationem, quia principalibus conſtitutionibus definitum eſt, ſententiam ex falſis inſtrumentis latam retractari. Itaque dum refert ſe JC. ad principalem conſtitutionem, quæ extat in *d. l. Divus.* eaque reſtitutionem in integrum requirit, ut ſententia ex falſis probationibus lata reſcindatur; debet quoque *d. l. qui agnitis.* ex *d. l. Divus.* declarari, cum ejus conſtitutio a *Modeſtino in d. l. qui agnitis.* referatur. Hanc ſolutionem probat & tuetur *Menoch. in arbitr. jud. lib.* 2. *cent.* 1. *caſu.* 15. Porro hæc doctrina limitatur in ſententia lata contra minorem 25. annis ex falſis allegationibus: hic enim ipſo jure abſque reſtitutione in integrum, ſola falſitate detecta ſententiam nullam dicere poteſt, propter favorem ætatis. *l.* 1. *C. ſi tut. vel curat. ex falſ. alleg. excuſat. ſit.* Ita communiter tradunt *DD. in d. l. Divus.* Diſſentit *Zaſius lib.* 1. *ſing. intellect. c.* 13. qui tradit ſententiam ex falſis inſtrumentis latam ipſo jure, ſine reſtitutione in integrum retractari. Quem ſequitur & approbat *Petrus Grangianus in paradoxis juris civilis. c.* 27. Poſtremo notandum, quod etiam illud ſingulare eſt, quod ſententia lata contra fiſcum ex falſis inſtrumentis, ipſo jure nulla eſt, per *l. unic. C. de ſent. adverſ. fiſc. lat. retractand.* Idem confirmat *Socin. in fallent. reg.* 450.

Assertio XV.

Sententia nec pro furioſo, nec contra furioſum dicta valet.

Quæritur, an valeat ſententia pro furioſo dicta. Et quidem certum eſt, ſententiam contra furioſum latam non valere, quia ſententia contra abſentem dicta non valet. *l. de unoquoque.* 47. *ff. de re jud. l.* 4. *C. quom. & quand. jud. ſentent. profer. deb. &c.* Atqui furioſi pro abſentibus habentur, quia etſi corpore ſint præſentes, animo tamen tamen abſunt. *l.* 2. *§. penult. ff. de jur. codicill. l. ubi non voce.* 124. *ff. de R. J.*

Sed dubitatur, an ſententia pro furioſo dicta valeat. Et ait *Julian. in l.* 9. *ff. de re jud.* ne quidem pro furioſo dictam ſententiam

tiam valere. Ratio decidendi eſt, quod ſolennis ordo judiciorum, qui dictat, ut coram ambobus litigatoribus ſententia feratur, ſervandus eſt. *l. prolatam.* 4. *C. de ſent. & interloc. omn. judic.* Accedit & hæc ratio, quod furioſus contrahere non poteſt, nec ex conſenſu obligari, ergo nec quaſi contrahere. *l. in negotiis.* 5. *ff. de R. J. l. qui ad certum.* 14. *ff. de locat.* Atqui per ſententiam quaſi contrahitur. *l.* 3. §. *idem ſcribit.* 11. *ff. de pecul.* Quando enim partes acquieſcunt ſententiæ, tunc perinde eſt, acſi ita contraxiſſent. Præſente tamen curatore recte pro furioſo contrahitur ſententia. *l. ſed & interpellatur.* 45. *ff. de recept. qui arbit. recep. &c.*

Duo opponuntur huic deciſioni: Primum eſt, quod ſententia pro minore xxv. annis abſente & indefenſo lata valet. *l. non eo minus.* 14. *C. de procur.* Ergo idem in furioſo dicendum videtur, quia furioſus comparatur minori. *l. Fulcinius.* 7. §. *plane.* 10. *ff. ex quib. cauſ. in poſſ. eatur.* Reſp. Ideo valet pro minore lata ſententia, quia habet intellectum, & ſic eſt capax hujus quaſi contractus: quod in furioſo dici non poteſt, qui omni caret intellectu. *Bart. in d. l. furioſo.*

Secundo opponitur *l. ſi a furioſo.* 24. *ff. de obl. & act.* & *l. ſi a furioſo.* 12. *ff. de reb. cred.* ubi furioſo actio mutui acquiritur, ſi alius ejus nomine mutuam pecuniam dederit. Unde idem dicendum videtur in ſententia, quia judicio quaſi contrahitur. Reſp. Hoc ſingulare eſt in mutuo, ut furioſo acquiratur obligatio mutui, ſicut ex eadem cauſa abſenti quoque & ignoranti acquiritur, quia magis ex interventu rei ſeu numeratione pecuniæ, quam ex conſenſu hæc naſcitur obligatio. *Zaſius ad d. l.* 9.

ASSERTIO XVI.

Judex juxta litigatorum conventionem ſententiam ferre debet.

TRaditur hæc aſſertio in *l. ſi convenerit.* 26. *ff. de re jud.* ubi Ulpianus ſcribit: *Si convenerit inter litigatores, quid pronuntietur, non abs re erit judicem hujuſmodi ſententiam proferre.* Cum enim pertineat ad judicis officium, lites diminuere, & finem illis quam celerrime imponere. *l. quidam.* 21. *ff. ſi cert. pet.* æquiſſimum eſt judicem voluntatem litigatorum ſequi in ferenda ſententia. Exemplum peti poteſt ex *l. judicem.* 21. *ff. comm. divid.* ubi dicitur, *judicem in prædiis dividundis, quod omnibus utiliſſimum eſt, vel quod malint litigantes, ſequi convenit.* Licet enim regulariter res omnes veniant in judicium communi dividundo, ſi tamen inter ſocios convenit, res aliquas non dividi, judex eam conventionem in ferenda ſententia ſequetur. *l. in judicium.* 13. *ff. eod.* Aliud exemplum traditur in *l. ſi quis crediderit.* 49. *ff. de pact.*

 ubi

ubi dicitur, ſi debitor convenit cum creditore, ut non in ſolidum conveniatur, ſed tantum in id quod facere poteſt, judicem hanc conventionem in pronuntiando exequi debere.

Sed cum *d. l. ſi convenerit.* acriter pugnat *l. qualem.* 19. *ff. de recept. qui arb. recep. &c.* ubi dicitur, non valere conventionem litigatorum, ut arbiter certam, & a litigantibus præſcriptam, dicat ſententiam Reſp. Aliud eſt in arbitro compromiſſario ſervandum, aliud vero in judice. Arbiter non tenetur dicere ſententiam, quæ illi a partibus præſcripta eſt. Ratio eſt, quia arbiter debet habere liberam facultatem pronuntiandi quod ſibi videtur. Quod patet ex etymo vocabuli. Arbiter enim ille dicitur, qui ex arbitrio ſuo, hoc eſt, libera voluntate pronuntiat. *Seneca lib.* v. *de benefic. Arbitri libera nulliſque adſtricta vinculis eſt religio: non prout lex, ſed prout humanitas impulit, judicat.* Unde dicitur in *d. l* 19. quod arbiter debet ferre ſententiam quæ ſibi videtur. Unde & ſtari debet ſententiæ arbitri, ſive juſte ſive injuſte pronuntiavit. *l. diem.* 27. *§. ſtari.* 2. *ff. de recept. qui arbit. recep. &c.* judex vero tam liberam & amplam non habet in judicando poteſtatem: unde valet conventio partium, ut judex certam ferat ſententiam. Adde quod iſta ſententia arbitri, qua ſecundum conventionem litigatorum pronuntiat, nullam adfert utilitatem: quia ex ſententia arbitri nulla datur actio judicati, ſed metu pœnæ tantum ei paretur. *l.* 1. *C. de recept. arb.* Ita tradunt *Bart. Caſtr. Zaſ.* & *Duaren. ad d. l.* 26. Latius eandem ſententiam defendit *Zaſius* doctiſſimus & accutiſſimus JC. *lib.* 2. *antinom. jur. civ. num.* 5. quem ſecutus eſt *Theodorus Straitmannus in antinomiis ſuis juris civil. antinom.* 37. & noviſſime *Nicolaus Genoa in conciliationibus legum pugnantium, conciliat.* 17.

ASSERTIO XVII.

Sententia ita prolata, condemno Titium in petitis, ſi probatum eſt eum debere, *invalida eſt.*

QUod ſententia hæc, *Condemno Titium in decem, ſi probatum eſt eum debere,* invalida ſit, firmis rationibus & argumentis probatur. Primum ex eo, quod ſententia definitiva dici non poteſt, quæ nullum finem imponit controverſiæ. *l.* 1. *ff. de re jud.* Talis autem eſt hæc ſententia, quia rem indeciſam relinquit, perinde ac ſi lata non eſſet.

Secundo confirmatur hac ratione, quod ad judicis officium pertinet, ut certam ſententiam proferat, licet de incerta quantitate actum ſit *§. curare.* 32. *inſt. de act.* Unde non valet ſententia, qua judex pronuntiat, ut reus quæ bona fide accepit, ſolvat; ſed certam quantitatem in ſententia exprimere cogitur, in quam reum con-

condemnet. *l. ult. C. de ſent. quæ ſine cert. quant. profer.* Tertio huc pertinet *l. qualem.* 19. §. 1. *ff. de recept. qui arbit. recep. &c.* ubi dicitur, judicem ita pronuntiare debere, ut ſecundum id litigantes a tota controverſia diſcedere velint. Denique hæc ſententia aliis duobus textibus comprobatur: ſcilicet per *l. quid tamen.* 21. §. *Pomponius.* 3. *ff. de recep. qui arbit. recep. &c.* ubi dicitur, *inutiliter arbitrum incertam ſententiam dicere, utputa, Quantum ei debes, redde.* Atqui non certior eſt ſententia, ſi judex dicat, *Si probatum eſt te decem debere, ſolve*: utraque enim ſententia aliam expectat. Similiter in *l. in ſententiis* 59. §. *qui ſortis.* 2. *ff. de re jud.* tradit *Ulpian.* non valere hanc ſententiam, *Condemno te in uſuras, ſi competunt vel debentur*; quia non videtur de uſuris judex cognoviſſe.

Bartolus tamen contrariam ſententiam tenet *in l. ait prætor.* 5. §. 1. *ff. de re jud.* & defendit hanc ſententiam valere, *Condemno te, ſi eſt probatum.*

Contra hanc aſſertionem Bartolus pro ſua ſententia adfert *d. l. ait prætor.* 5. §. 1. ubi dicitur, valere hanc ſententiam, *Condemno reum, ut quod accepit ex teſtamento Mævii, reſtituat*, quod perinde eſt, ac ſi diceret, *Condemno eum in id, quod eſt vel erit probatum eum habuiſſe ex teſtamento Mævii.* Reſp. Ideo judex ibi ita recte pronuntiavit, quia certam quantitatem nominaſſe cenſetur, quæ teſtamento vel codicillis expreſſa erat. Per relationem enim ad teſtamentum vel codicillos, ſententia fit certa.

Secundo adverſatur *d. l. in ſententiis.* 59. in princ. ubi dicitur, valere ſententiam ita latam, *Solve quod petitum eſt.* Reſp. Ea ſententia valet, quia ex formula libelli & petitionis cognoſci poteſt & certificari hæc incertitudo. Major autem eſt incertitudo probationum, quam petitionis libello comprehenſæ, quia an aliquid probatum ſit, vel non, incertum eſt: pendet enim ex arbitrio judicis, quanta fides ſit adhibenda teſtibus. *l.* 3. *verſ. tu magis. ff. de teſtib.* Sed petitionis certa & liquida definitio facile ex formula libelli demonſtrari poteſt. Falſa eſt ergo opinio Bartoli, exiſtimantis valere hanc ſententiam, *Condemno te in decem, ſi probatum eſt, te debere.* Ita tradunt *Duaren. ad d. l. ait prætor.* §. 1. *Sarmientus lib.* 1. *ſelect. interpretat. c.* 13.

ASSERTIO XVIII.

Sententia non retractatur propter inſtrumenta de novo reperta.

QUod propter noviter reperta inſtrumenta tam ſententiæ, quam tranſactiones retractari non poſſint, deciſum eſt in *l. ſub prætextu.* 19. *C. de tranſact. l. ſub ſpecie.* 4. *C. de re jud.* Ratio eſt, quia res judicata habetur pro veritate, propter publicam judi-

ciorum auctoritatem; & ſententiarum a judice latarum hic eſt effectus, ut per eas finis imponatur controverſiæ. *l. res judicata.* 207. *de R. J. l.* 1. *de re jud.* Unde non debent res ſemel judicatæ propter probationes de novo repertas retractari; ut ſit aliquis litium finis.

Objicitur *l. admonendi.* 31. *ff. de jurejur.* ubi ſententia lata ex jurejurando ſuppletorio, præſtito propter defectum probationis a litigantibus, retractatur, ſi adverſarius nova inſtrumenta ſe inveniſſe dicat, ex quibus apparere poſſit veritas. Reſp. Ideo ſententia lata ex hoc jurejurando retractatur prætextu novorum inſtrumentorum, quia in cauſa dubia ſeu ob defectum probationis lata eſt. Ergo cum appareat poſtea per inſtrumenta de novo reperta veritas, merito ea admittetur. Accedit & altera ratio, quod juramentum eſt privilegiata & imperfecta probatio, quia hoc juramentum facit partem judicem & teſtem in propria cauſa. *l. ult. C. de fideicommiſſ.* Unde non eſt tantæ efficaciæ ſententia ex jurejurando litigatoris prolata, ut propter inſtrumenta de novo reperta non retractetur ea ſententia, quæ lata eſt ex imperfectis & ſemiplenis probationibus, quam quæ ex plenis & legitimis probationibus eſt pronuntiata. Approbat & ſequitur hanc ſententiam *Cujcaius libro obſerv.* 18. *cap.* 35.

Secundo objicitur, quod in negocio publico permittitur ex integro de cauſa agi adverſus rem judicatam, ex inſtrumentis poſtea repertis. *l. Imperatores.* 35. *ff de re jud.* Reſp. Hoc ſpecialiter favore fiſci vel reipub. eſt introductum, ut fiſcus, propter inſtrumenta de novo reperta, poſſit retractare ſententiam, qua reus fuit abſolutus, uſque ad triennium; & ſi intervenit fraus vel prævaricatio adverſarii, etiam poſt triennium. *l. unic. C. de ſent. contr. fiſc. lat. retractand.* Eſt ergo reſpublica in hoc privilegiata, quod ſententia contra illam lata propter inſtrumenta de novo reperta retractetur. In privatis vero perſonis hoc jure non utimur. Hoc autem privilegium quod competit reipub. etiam eccleſiæ & pupillo tribuitur. reſpublica enim ſeu fiſcus, pupillus. & eccleſia pari paſſu ambulant, iiſdem favoribus & privilegiis gaudent. *l. rempublicam.* 3. *C. de jur. reipub.* §. *finimus. nov.* 7. *de non alienand. aut permut. reb. eccl. &c. c.* 1. *extr. de reſt. in int. gl. in d. l. ſub ſpecie.*

Tertio obſtat, quod in criminalibus cauſis ſententia retractatur, ſi de innocentia damnati ad mortem ex probationibus poſtea repertis appareat. *l. Divi.* 27. *ff. de pœn.* Reſp. Eo in caſu non niſi per reſtitutionem in integrum ſuccurritur damnato, quam ſolus princeps poteſt indulgere; non vero judex, qui ſententiam tulit, contra rem judicatam in cauſa criminali litigantem reſtituere poteſt. *d. l. Divi. l.* 1. *ult. ff. de quaſt.* quia judex ſententia ſemel lata definit eſſe judex, & omnem judicandi poteſtatem deponit. *l. judex.* 55. *ff. de re jud.* Alias exceptiones hujus regulæ, quod prætextu novorum inſtrumentorum non reſcindatur ſententia,

tia, vide apud *Anton. Peregrin. in tract. de jure fiſci. lib. 7. tit. ult. num.* 3.

ASSERTIO XIX.

Judex poteſt interlocutoriam ſententiam mutare & reſcindere, non vero definitivam.

TRaditur hæc aſſertio expreſſe in *l. quod juſſit.* 14. *l. Paulus.* 42. *l. acta.* 45. *l. cum quærebatur.* 62. *ff. de re jud. l.* 1. *C. quand. provoc. non eſt neceſſe. l. Divi.* 27. *ff. de pœn. l. poſt ſententiam.* 9. *C. de ſent. & interloc. omn. jud.* Ratio diverſitatis eſt, quia judex poſt latam ſententiam definitivam amplius judex non eſt, & ſuo officio eſt defunctus, & ſic ſententiam ſuam corrigere non poteſt. *l. judex.* 55. *ff. de re jud.* Interlocutoria vero ſententia revocari poteſt ab eo qui eam tulit, quia judex qui interlocutus eſt, adhuc judex manet uſque ad ſententiam definitivam. *d. l. quod juſſit.*

Objicitur *l. ſive pars.* 3. *C. de dilat.* ubi dicitur, quod dilatione data a judice, ejus officium quieſcit. Igitur non poteſt dilatione pendente vel finita, quam dedit per interlocutoriam ſententiam, aliam concedere. Reſp. Poteſt judex ex juſta & legitima cauſa dilationes datas prorogare & ampliare, quoties ſcilicet juſta cauſa aliqua hoc ſuadet. *l. qualem.* 19 in fin. *ff. de recept. qui arb. recep. &c.* Sed ſine juſta cauſa dilationes ſemel datas judex ampliare non poteſt. *l.* 1. *C. de dilat. l.* 2. *ff. de re jud.*

Secundo adverſatur *l. quod ſemel.* 5. *ff. de decret. ab ordin. faciend.* ubi dicitur, quod ſemel ordo decrevit, id mutare non poteſt. Reſp. In eadem lege ſubjungitur, poſſe ex juſta cauſa decretum ſemel latum etiam a judice revocari & mutari.

Contra poſteriorem partem aſſertionis pugnat *l. ſi præſes.* 6. & *l. ſi ut proponis.* 5. *C. quom. & quand. jud. ſent. proferre deb. &c.* ubi judex ſententiam ſemel a ſe latam ſine appellatione reſcindit. Reſp. Illæ leges accipiendæ ſunt, quando ſententiæ ſunt ipſo jure nullæ, utpote quæ latæ ſunt diebus feriatis, vel contra minores 25. annis indefenſos. *l. acta* 45. §. *ult. ff. de re jud.* hæ ab ipſo judice, qui eas protulit, emendari & mutari poſſunt. Aliud dicendum eſt, ſi ſententiæ ſint validæ & perfectæ, ſed latæ conta jus litigatoris, vel partis, non contra conſtitutiones, vel leges: hæ enim a judice eodem mutari & reſcindi non poſſunt. *Bart.* & *Caſtrenſ. in d. l. quod juſſit.* Poſtremo notandum, quod judex poſt latam ſententiam ſupplere aliquid poteſt in ſententia, puta circa taxationes expenſarum litis. *l.* 3. *C. de fruct. & lit. expenſ.* dummodo id faciat eodem die, ſitque judex ordinarius. *l. Paulus reſpondet.* 42. *ff. de re jud.* Nam datus ſeu delegatus judex, quia ſtatim atque ſententiam dixit, judex eſſe deſinit,

ſinit, in ſententia lata poſtea aliquid addere aut ſupplere non poteſt. *d. l. judex. 55. ff. de re jud.*

ASSERTIO XX.

Pacto beneficio ceſſionis bonorum renuntiari non poteſt.

QUod per pactum renuntiari non poſſit beneficio ceſſionis, crebrior eſt DD. ſententia, quam ſequitur *Bart. in l. alia. 14. §. eleganter. 1. ff. ſolut. matr.* arg. illius §. ubi traditur, quod maritus renuntiare non poſſit privilegio, quod habet, ne teneatur ultra id quod facere poteſt; quia id pactum eſt contra bonos mores. Similiter quoque hoc pactum quo quis renuntiat ceſſioni bonorum, eſt contra bonos mores, quia per id pactum obligat quis ſe ad carceres: carcer autem eſt ſpecies ſervitutis, & mala manſio. *l. 2. ff. de lib. hom. exhib.* At homo liber ſe ad ſervitutum obligare nequit, quia ſervitus morti comparatur. Hanc opinionem defendunt *Accurſ. in auth. imo. C. de obl. & act. Bald. in §. ult. inſt. de action. Salicet. in l. 1. C. qui bon. ced. poſſ.*

Objicitur primo, quod quilibet poteſt beneficio & favori pro ſe introducto renunciare. *l. penult. C. de pact. l. pactum. 46. ff. de pact.* Reſp. Ideo huic beneficio non licet renuntiare, quia pactum hoc eſt contra bonos mores, quo quis ſe ad ſervitutum vel carceres pro debito civili obligat. arg. *l. ob æs. 12. C. de obl. & act.* pacta vero, quæ contra bonos mores ſunt, nullius ſunt momenti. *l. pacta. 6. C. de pact.*

Secundo objicitur *l. ſacrilegi. 9. §. ult. ff. ad l. Jul. pecul.* ubi debitoris reipublicæ corpus detineri poteſt in carcere, donec ſatisfaciat. Item obſtat. *l. 2. C. de exact. tribut.* ubi dicitur, quod pro debito reipublicæ poteſt quis detineri in libera & militari cuſtodia. Reſp. Id ſpecialiter conceſſum eſt in debitoribus reipub, ut propter debita publica in cuſtodia detineantur, quia intereſt reipub. ut prompte & celeriter debita & tributa civitati ſeu fiſco ſolvantur, quibus opus habet ad onera reipub. ſuſtinenda. Sunt enim tributa nervi & munimenta reipub. ſine quibus reipub. adminiſtratio diu non poteſt conſiſtere.

Tertio obſtat *l. ult. ff. quæ in fraud. cred. fact. ſint, ut reſtit.* ubi qui bonis exutus eſt, vel bona ſua ita alienavit & diſperdidit in fraudem creditorum, ut nulla ratione recuperari poſſint, tenetur ad pœnam ſcilicet carceris. Reſp. limitatur prædicta aſſertio in eo, qui diſſipavit omnia bona ſua in fraudem creditorum, vel ſpe ceſſionis bonorum: hic enim non gaudet beneficio ceſſionis. *l. ſi quis dolo. 51. in princ. ff. de re jud. Cujac. lib. obſ. 12. c. 5.* Quando itaque quis dolo fecit, ut eſſet non ſolvendo, poteſt detrudi in carcerem, & extra ordinem puniri. *l. ob fœnus. 49. ff. de adminiſtr. & peric.*

peric. tutor & curat. &c. l. quod ſi minor. 24. §. *ſi ſervus.* 3. *ff. de minor.*

Quarto opponitur *l. penult. ff. de jur. dot.* ubi debitor qui tempore contractus ſciebat ſe eſſe non ſolvendo, in ſolidum tenetur, nec gaudet beneficio in quantum facere poteſt. Ergo nec cedere bonis poteſt; ſed incarcerandus eſt, donec ſolidum debitum ſolvat. Reſp. In eo caſu quoque aſſertio limitatur, quia debitori qui tempore contractus ſciebat ſe non eſſe ſolvendo, non competit beneficium ceſſionis, eo quod animo & intentione fraudandi creditores ſuos contraxit; ac proinde hoc caſu valet pactum, quo renuntiatur beneficio ceſſionis, ad præcavendas fraudes & inſidioſas machinationes debitoris.

Quinto obſtat *l. obſides.* 11. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* & *l. Divus.* 31. *ff. de jur. fiſc.* ubi obſides poſſunt ſe dare ad cuſtodiam vel carcerem, donec captivus pro quo obſtringuntur obſides, ſe redimat, & lytron promiſſum exolvat. Similiter in *c. ex reſcripto.* 9. *extr. de jurejur.* traditur, quod pactiones valeant, ut tamdiu quis pro alieno debito in carcere detineatur, donec prtetium ſolvatur Quæ conventiones dicuntur *obſtagia*, vulgo *Leiſtungen*, & conſuetudine Germaniæ uſu ſunt recepta & approbata, ut notant *Sichard. ad l. ob æs. C. de obl. & act. num.* 4. & 5. *Andr. Gail* adſeſſor doctiſſimus Cameræ imperialis, *lib.* 2. *pract. obſ. cap.* 45. Reſp. Hoc fieri jure belli & captivitatis, ut commercia & contractus inter hoſtes, quibus etiam fides data ſervanda eſt, tutius expediri & celebrari poſſint: ſed extra eum caſum, nemo poteſt ſe pro debito civili obligare ad carceres. *d. l. ob æs.* & *auth. ſeq. C. de obl. & act.* Atque hæc eſt communis DD. ſententia, pacto non poſſe renunciari beneficio ceſſionis bonorum, quia contra id quod lex vetat, paciſci nullo modo licet: leges autem prohibent aliquem ob debita ſervire creditori: ergo & incarcerari vetant, quia carcer eſt ſpecies ſervitutis. *l.* 2. *ff. de lib. hom. exhib.* Idque etiam confirmatur arg. *nov.* 134. *cap.* 7. ubi Juſtinianus prohibet liberos debitorum vel ipſos debitores ſervire creditoribus pro debito. *d. l. ob æs. C. de obl. & act.* ubi generaliter prohibetur, ne liberi homines ob æs alienum creditoribus ſervire compellantur: additurque pœna in *d. nov.* 134. *c.* 7. quod ſi quis & liberos debitorum detineat vel ſervire compellat pro debitore, quod non ſolum debito cadat, ſed & in alterum tantum condemnetur, & præterea corporalibus pœnis ſubdatur, qui liberam perſonam detinet, vel pignori capere præſumit. Ideoque a communi & recepta doctorum ſententia non eſt recedendum. *Pacius ad l. ob æs.* 12. *C de obl. & act.* Vide plenius de hac quæſtione eleganter differentem, An videlicet valeat renuntiatio beneficii ceſſionis bonorum, *Didacum Covarruv.* celeberrimum practicum, *libro.* 2. *variar. reſolut. c.* 1. *num.* 7. & *Eduardum Calderam de error. pragmat. lib.* 1. *c.* 3. & *lib.* 3. *c.* 7.

ubi

ubi erudite & eleganter tradit, pactum non valere, quo renunciatur beneficio ceſſionis bonorum, & affirmat ne quidem conſuetudine introduci poſſe, ut qui bonis ceſſit, carcere detineatur: idque ex ea ratione, quod ea pactio ſeu conſuetudo obſtet communi libertati, quæ jure publico eſt introducta; [carcer autem ſit ſpecies ſervitutis. *d. l. 2. ff. de lib. hom. exh. l. Titio centum.* 71. §. *Titio centum.* 2. *ff. de cond. & dem.* ubi dicitur pactione non poſſe infringi jus libertatis. Jam autem certum eſt, quod jura publica nullo jure civili mutari poſſint. *l. jura ſanguinis.* 8. *ff. de reg. jur.* & jus publicum privatorum pactis tolli non poſſit. *l. jus publicum.* 38. & *l. jus agnationis.* 34. *ff. de pact. c. ſi diligenti. extr. de foro compet.*

ASSERTIO XXI.

Si dominus fundi armatos homines, quos ad ſe venientes videbat, extimuerit, atque ita profugerit, vi dejectus cenſetur.

HAnc deciſionem aperte & evidenter tradit *Julianus in l. non ſolum.* 33. §. *ſi dominus.* 2. *ff. de uſucap.*

Cum qua pugnat graviter *l.* 3. §. *ſi quis autem.* 6. *ff. de vi & vi arm.* & *l. metum.* 9. §. 1. *ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* ubi dicitur, non cenſeri vi dejectum eum, qui audito rumore, quod homines armati ad fundum ſuum venirent, profugit. Ideoque nec interdictum *unde vi* illi competit, ſicut nec actio quod metus cauſa, quia vi dejectus non eſt. Si tamen forte verum audierit, & venerint poſtea armati homines, & poſſeſſionem apprehenderint, tunc vi dejectus cenſetur, & interdicto *unde vi*, ſicut & actioni quod metus cauſa locus erit. *d. l. metum.* §. 1. *l.* 1. §. *idem Labeo.* 29. *ff. de vi & vi arm.*

Reſp. Diſtinguendum eſt inter eum, qui audivit homines armatos ad fundum ſuum venientes, & eum qui vidit. Qui homines armatos ad fundum ſuum tendentes vidit, atque profugit, vi dejectus videtur, etſi illi armati milites poſſeſſionem non occuparint. *d.* §. *ſi dominus.* Qui vero audivit ſolum homines armatos venire ad vim faciendam, non aliter vi dejectus intelligitur, quam ſi ipſi poſſeſſionem occupaverint. *d. l. metum.* 9. §. 1. *d. l.* 3. §. *ſi quis autem.* Ratio diverſitatis eſt, quia oculi magis quam aures nos movent & perterrefaciunt. Ita hæc eleganter conciliat *Cujac. ad d.* §. *ſi dominus.*

ASSERTIO XXII.

Utile interdictum Salvianum datur creditori, contra quemlibet debitorem, qui res ſuas pignori obligavit.

AN cuilibet creditori contra debitorem res ſuas oppignorantem detur Salvianum interdictum, controverſa inter DD. eſt quæſtio. Sed tamen verior & probabilior eſt ſententia, quod creditori ad adipiſcendam poſſeſſionem rerum cujuſcunque debitoris pignori obligatarum, utile Salvianum interdictum competat. Quod probat *l. 1. C. de precar. & Salv. interd.* ubi dicitur, contra quemlibet debitorem, ſive de rebus quorumcunque debitorum pignori obligatis, interdictum Salvianum competere. Hanc ſententiam amplectitur *Bart. in d. l. 1.* & *l. 1. ff. de Salv. interd.* quem ſequuntur *Weſemb. in parat. eod. tit.* & *Cujac. in parat. C. eod.* & *ad ſentent. Pauli, lib. 5. tit. 6.* A qua ſententia diſſentiunt *Donell. C. eod. tit. num* 3. & *Menoch. remed. 3. adipiſc. poſſeſſion. num.* 21.

In contrarium facit §. *interdictum. inſt. de interd.* item *l. 1.* & 2. *ff. de Salv. interd.* ubi traditur, interdictum Salvianum dari domino fundi, ad perſequendam poſſeſſionem rerum coloni, quas pro mercede fundi oppignoravit. Unde videtur tantum hoc interdictum dari creditori habenti hypothecam ex cauſa locationis, non vero cuilibet creditori habenti hypothecam ex aliis cauſis.

Reſp. Directum interdictum Salvianum datur tantum locatori ruſtici prædii contra colonum, quia de hoc debitore interdictum nominatim loquitur. Utile autem datur ex interpretatione, etiam locatori prædii urbani, contra inquilinum, pro rebus invectis & illatis tacite pignori obligatis pro penſione domus locatæ. Imo datur quoque utile interdictum Salvianum ex interpretatione cuilibet creditori non tantum contra debitorem, qui ex qualibet cauſa res pignori obligavit, ſed & contra quemlibet etiam extraneum poſſeſſorem rerum debitoris pignori obligatarum. *d. l. 1.* in princ. *ff. de Salv. interd.* & *l. 1. C. eod. Weſemb. d. loco Cujac. lib. obſ. 4. c. 24.* Approbat hanc conciliationem *Nicolaus Genoa in conciliationibus legum in jure civili contrariarum, in refutatione opinionum in jure civili leges contrarias arguentium.*

Assertio XXIII.

Reus non tenetur ſatiſdare interdicto uti poſſidetis, *quod in futurum actorem non turbabit.*

Tria in interdicto *uti poſſidetis* ab actore petuntur Primo ut reus deſiſtat a turbatione præſenti. Secundo, ut in futurum non turbet. Hoc eſt, quod dicit JC. in *l.* 1. *ff. uti poſſid. Quominus ita poſſideatis, vim fieri veto.* Tertio ut omnia bona ablata, damna illata, & fructus perceptos reſtituat. Adjiciunt & quartum DD. poſſe petere actorem in hoc interdicto, ut reus caveat, quod in futurum eum non ſit turbaturus, tenerique reum hanc ſatiſdationem præſtare. *Bart. in l.* 1. §. *pen. ff uti poſſ. Duaren. lib.* 1. *diſp. c.* 21. Quod licet communi DD. calculo probetur, tamen legibus & juri non eſt conſentaneum.

Contra hanc aſſertionem pro communi ſententia objiciuntur primo *l. harum.* 7. & *l. egi.* 12. *ff. ſi ſerv. vind.* & *l. penult. ff. de aqua quot. & æſt.* ubi dicitur, ſive agatur pro ſervitute vindicanda confeſſoria actione, ſive interdicto aliquo, tenetur victus cavere adverſario, ſe non impediturum eum in poſterum in uſu ſervitutis. Reſp. Illa cautio in ſervitutibus exigitur a victo, non autem in controverſiis rerum corporalium ſeu immobilium talis cautio poſtulatur. Ratio diverſitatis eſt, quia nihil eſt in ſervitutibus, quod victus reſtituat corpore; ſervitutum enim nulla eſt poſſeſſio. *l. ult. ff. de ſervit.* Ideoque requiritur a victo cautio, quæ eſt pro ſervitutis reſtitutione, ſed in rebus corpralibus rei ipſius poſſeſſio reſtitui poteſt; qua reſtituta, fruſtra aliud exigitur, quod reſtitutionis vice fungatur.

Secundo graviter adverſatur *l. unic. C. uti poſſ.* ubi dicitur, quod in interdicto *uti poſſidetis*, pronuntiat judex, ne vis fiat poſſidenti, ac deinde ſatiſdationis, vel transferendæ poſſeſſionis ſervata forma, de proprietate cognoſcit. Quibus verbis videtur contineri, quod victus hoc interdicto debeat ſatiſdare adverſario, quod eum in poſterum non turbabit in ſua poſſeſſione. Sed illa interpretatio non poteſt ſuſtineri. Nam ille textus non loquitur de ſatiſdatione præſtanda a reo victo, quaſi ipſe caveat adverſario victori, de eo non turbando in poſſeſſione, cum dicat Imp. alternative, eum teneri vel ad transferendam poſſeſſionem, vel ad ſatiſdationem præſtandam, cum ad utrunque ex communi DD. ſententia ſit adſtrictus. Itaque verior & ſanior eſt eorum opinio, qui hanc ſatiſdationem intelligunt, de re quæ vindicatur, conſervanda; quam victor in hoc interdicto, dum in eum tranſlata eſt poſſeſſio, ab adverſario conventus rei vindicatione, præſtare tenetur; quod ſcilicet rem, cujus poſſeſſio ſibi adjudicata eſt, illæſam con-

conſervare velit, non vero eam velit diminuere, neque fructus ejus dilapidare, donec cauſa proprietatis cognita & terminata fuerit. Quam ſatiſdationem ſi in poſſeſſorio judicio victor declaratus præſtare recuſet, transfertur poſſeſſio in petitorem ſatisdantem. Hanc ſententiam optime confirmat *l.5.ff. de pet. hered.l. de bonis. 6. §.ult.ff. de Carb. edict.* eamque amplectuntur *Cujac. lib. 1. ſent. Pauli tit.* 11. & *in parat. C. uti poſſ. Weſemb. in parat. de rei vindic. num.* 6. *Fachin. lib.* 8. *controv. jur. c.* 14. *Johan. Robert. lib.* 3. *ſent. jur. c.* 21. *Menoch. remed.* 3. *retin. poſſ. quæſt.* 95. *Baro lib.* 6. *manual. tit.* 17.

ASSERTIO XXIV.

Nudo detentori non dantur interdicta uti poſſidetis, *vel* unde vi.

QUod ſi quis non poſſidet, ſed detinet tantum, ei non competit interdictum *uti poſſidetis*, vel *unde vi*, uti colono, item miſſo in poſſeſſionem cuſtodiæ cauſa. *l. ſi duo.* 3. §. *creditores.* 8. *ff. uti poſſ. l.* 1. §. 10. in verb. *non tamen ſi colonus. ff. de vi & vi arm. Fab. ad §. retinenda. inſt. de interd. num.* 2.

In contrarium, quod & nudo detentori competat interdictum *uti poſſidetis*, probatur ex *l.* 1. §. *quod autem ait.* 33. *ff. de vi & vi arm.* ubi illi, qui res commodatas, depoſitas vel pignoratas habuit in fundo, ex quo dejectus eſt, pro illis datur interdictum *unde vi.* Reſp. Iſte §. loquitur de mobilibus, quæ acceſſorie pervenerunt ad poſſeſſorem fundi; in quibus non refert, quomodocunque habentur, dummodo tamen res pro qua agitur principaliter, ſit immobilis & poſſideatur.

Secundo odjicitur hoc modo: Plus debet ſubveniri legitime detinenti, quam violento poſſeſſori. *l. Servius.* 4. *ff. quod vi aut clam.* Sed violento poſſeſſori datur hoc interdictum, contra illos a quibus non poſſidet vi. *l.* 1. §. *ult. ff. uti poſſ.* Ergo & detinenti. Reſp. Hoc quidem videtur prima facie dicendum, ſed defectus principalis materiæ videlicet poſſeſſionis repugnat, quam prætor non poteſt tueri per hoc interdictum, quia non eſt.

Sed quæritur, quomodo ſuccurratur talibus detentoribus turbatis in ſua detentione. Reſp. Quod miſſo in poſſeſſionem cauſa cuſtodiæ provideatur per edictum, *ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus eſt.* Vel datur ei actio injuriarum. *l. qui pendentem.* 25. §. fin. *ff. de act. empt.* Vel poteſt implorare officium judicis, ut in detentione ſua non moleſtetur, vel ut in ea defendatur, per *l. Aquilius Regulus.* 27. *ff. de donat.* & ibi Paulus de Caſtr. not. *l. & ideo.* 12. §. *ult. ff. de cond. furt. Præſ. Ever. in loco a feudo ad emphyt. num.* 51. ubi

51. ubi dicit, ſe ita vidiſſe in ardua quæſtione de facto obſervatum; Approbat *Joan. Faber d. loco.*

ASSERTIO XXV.

Colono non competit interdictum unde vi.

SI colonus vi dejectus ſit a fundo, non competit ei adverſus dejicientem interdictum *unde vi*, quia nullo modo poſſidet. *l.* 1. §. *dejicitur*. 9. *ff. de vi & vi arm.*

Sed objicitur *l. colonus.* 12. & *l. cum fundum.* 18. *ff. d. tit.* ubi dicitur, interdictum *unde vi* colono competere. Reſp. Tunc demum colonus intendit interdictum *unde vi*, ſi ipſe domino interverterit poſſeſſionem, & dominum ſeu locatorem, vel alium a domino miſſum in poſſeſſionem non admiſerit. Jam enim non amplius ut colonus eſt in fundo, ſed ut violentus poſſeſſor. Ideoque ipſe tenetur domino interdicto *unde vi*, & ipſe quoque ſi ab alio ſpolietur, habet contra eum ſimile interdictum.

Secundo objicitur *l. communi.* 7. §. *neque.* 11. *ff. comm. divid.* ubi dicitur, colonum naturaliter poſſidere. Ergo interdictum *unde vi* ei datur, quod ei conceditur, qui vel civiliter vel naturaliter poſſidet. *d. l.* 1. §. *dejicitur.* Reſp. Ibi naturalis poſſeſſio pro nuda detentione accipitur. *l.* 3. in fin. & *l. ſeq. ff. ad exhib.* Colonus proprie naturaliter non poſſidet, quia non ſibi, ſed domino poſſidet. *l.* 1. *C. commun. de uſucap.* Poſſidere autem eſt rem tenere affectu ſibi habendi. *Theoph. in* §. *item placet. inſt. per quas perſ. nob. acq.* Per abuſionem ergo & improprie naturaliter tantum dicitur poſſidere colonus, quia corporaliter tantum detinet. Nam in *d. l.* 1. §. *dejicitur.* apertiſſime negatur, colonum naturaliter poſſidere.

ASSERTIO XXVI.

Actionis verbo non continetur exceptio.

HÆc aſſertio totidem verbis deſcripta extat in *l. verbum oportebit.* 8. §. 1. *ff. de V. S.* Et confirmatur hac evidenti ratione. Cum enim actio ſit jus perſequendi in judicio, quod nobis debetur; exceptio vero ejus petitionis quædam ſit excluſio, & contraria ſit actioni. *l.* 2. *ff. de except.* non poterit verbo *actionis* contineri, non magis quam una perſona reſpectu ejuſdem poſſit eſſe actor & reus.

Objicitur *l.* 1. *ff. de except.* ubi dicitur: *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur.* Reſp. JCtus dicit eum videri agere. At verbum *videtur* improprietatem denotat, per *l. naturaliter.* 12. *ff de acquir. vel amitt. poſſ.* DD. in *l.* 1. §. *dejeciſſe.* 12. *ff. de vi & vi arm.*

Decius

Decius ad l. qui per ſucceſſionem. 154. *ff. de R. J. num.* 3. Non itaque agit, id eſt, in judicio experitur, ſeu actionem movet ille qui excipit, ſed in probationibus tantum actoris partibus fungitur, ut quemadmodum actor ſuam intentionem probare tenetur, ita & reus ſuam exceptionem. Veluti ſi reus exceptione pacti conventi utatur, probare pactum debet. *l. in exceptionibus.* 19. *ff. de probat.* Proprie itaque *actionis* verbo exceptio non continetur, ſed tantum quoad effectum probandi. Ex quo ſequitur, ſublata actione non cenſeri ſublatam exceptionem, & propterea eum cui ſacris interdictum eſt, exceptionem compenſationis opponere poſſe actori, licet agere prohibeatur. *Alciat. in d. l.* 8. per *c. cum inter. extr. de except.* quamvis Bart. exiſtimet exceptionem compenſationis proprie *actionis* verbo contineri; quod probare nititur per *l. amplius.* 15. in fin. *ff. rem rat. hab.* Sed in illa lege dicitur, *Si quis adverſus petentem compenſatione uſus ſit, recte eum petiiſſe videri*; ſed verbum *videtur* inproprietatem denotat.

ASSERTIO XXVII.

Exceptiones peremtoriæ non ante, ſed poſt litem conteſtatam opponendæ ſunt; contra DONELLUM.

HOc enunciatum aperte confirmatur & ſtabilitur in *l.* 4. & 8. *C. de except.* item in *l.* 2. *C. ſent. reſc. non poſſ.* ubi dicitur, *Peremtorias exceptiones omiſſas initio, antequam ſententia feratur, opponi poſſe.*

Sed objicitur *l. emtor.* 9. *de praſcr. long. temp.* item *l. præſcriptionem.* 8. & *l. ſiquidem.* 9. *C. de except.* in quibus traditur, quod exceptiones peremtoriæ debent initio quidem litis conteſtari & opponi, ſed probandæ ſunt, poſtquam actor ſuam intentionem demonſtravit. Reſp. Illa conteſtatio peremtoriarum exceptionum non de neceſſitate fieri debet, ſed potius ex voluntate rei conventi: quod indicant verba textus in *d. l. emtor. C. de præſcr. long. temp.* & *d. l. præſcriptionem.* 8. *C. de except.* poſita, videlicet quod ſufficiat exceptionem peremtoriam ante litem conteſtatam proponi & conteſtari: quæ vox *ſufficit* eſt voluntatis, non neceſſitatis. Ita reſpondet *Accurſ. in l. exceptionem. C. de probat.* quem ſequuntur communiter DD.

Secundo objicitur tale argumentum: Judex non poteſt pronunciare de eo, quod in judicium non eſt deductum. *l. ut fundus.* 18. *ff. comm. divid.* Atqui id tantum deducitur in judicium, quod litis conteſtatæ tempore accidit. *l. unic. C. de lit. conteſt.* Ergo judex cognoſcere non poteſt de exceptionibus poſt litem conteſtatam oppoſitis, & per conſequens exceptiones peremtoriæ poſt litis

conteſtationem opponi non poſſunt. Reſp. Quod traditur, judicem non poſſe ſuper eo pronuntiare, quod poſt litem conteſtatam in judicium venit, hoc intelligendum eſt, ſi quid poſt litem conteſtatam ex parte actoris de novo petatur: nam actor non poteſt actionem ſuam fundare ſuper jure futuro, neque actionem ſuam mutare poſt litem conteſtatam. *l. non poteſt.* 23. *l. non quemadmodum.* 35. *ff. de judic.* Atqui vero de jure quod ſupervenit ex parte rei etiam poſt litem conteſtatam, judex cognoſcere & pronuntiare poteſt. *Coſtal. ad l. quæſitum. ff. de pecul.* Hæc eſt communis DD. ſententia, quod peremtoriæ exceptiones etiam poſt litem conteſtatam opponi poſſint; quam refutare nititur *Donell. ad l.* 8. & 9. *C. de except.* & *ad l. exceptionem.* 19. *C. de probat.* levibus & frivolis argumentis.

ASSERTIO XXVIII.

Peremptoriæ exceptiones non poſſunt poſt ſententiam opponi.

DE peremtoriis exceptionibus hæc regula in jure prodita eſt, quod ante ſententiam quocunque tempore opponi poſſint: poſt ſententiam vero opponi non poſſint, niſi ab ea ſit appellatum. *l.* 2. *C. ſent. reſc. non poſſ. l.* 4. & 8. *C. de except.*

Objicitur primo huic aſſertioni, quod exceptiones SCti Vellejani & Macedoniani poſſint etiam poſt rem judicatam opponi. *l. tametſi.* 11. *ff. ad SC. Maced.* Reſp. Hoc fit ex ſententia SCti, neque alia hujus rei certa ratio reddi poteſt. Vel poteſt dici, quod in SC. Vellejano hoc ſit ſpecialiter conſtitutum favore mulierum, in Macedoniano vero SC. ſpecialiter id ſit receptum in odium creditorum fœnerantium filiosfam.

Secundo objicitur *l.* 1. *C. de jur. & fact. ign.* ubi ſtatuitur, milites poſſe exceptiones peremtorias poſt ſententiam opponere. Reſp. Hoc Imp. Antoninus ſpeciali favore militibus conceſſit, ideo quod propter nimiam eorum circa res forenſes imperitiam, & armorum occupationem, jus civile eis ignorare ſit permiſſum. *princ. inſt. de mil. teſt.* Sic etiam ſpecialiter favore minorum 25. annis receptum eſt, quod minores exceptiones vel allegationes omiſſas poſt ſententiam allegare & proponere poſſunt. *l. minor* 25 *annis omiſſam.* 36. *ff. de minor.*

Tertio adverſatur, quod exceptio privilegii, ne quis conveniatur ultra quam facere poſſit, poſt conditionem opponi poteſt. *l. Neſennius.* 41. §. *ult. ff. de re jud. l. ex diverſo.* 17. §. *fin. ff. ſol. matr.* Reſp. Ideo iſta exceptio poſt ſententiam opponi poteſt, quia non impugnat ſententiam, ſed potius pro moderanda executione ſententiæ objicitur. *Weſemb. ad tit. C. de except.*

Male quidam huc referunt exceptionem diviſionis, ex epiſtola D. Adria-

D. Adriani, quæ datur pluribus fidejuſſoribus, ut inter eos qui ſolvendo ſunt, actio dividatur. *l. fidejuſſor.* 10. §. 1. *C. de fidejuſſ.* quam volunt opponi poſſe poſt ſententiam, ut notat *gl. in d. l. fidejuſſor.* 10. *C. de fidejuſſ.* Moventur illi per *l. fidejuſſores.* 41. §. *ult. ff. de fidejuſſ.* quæ ait unum ex fidejuſſoribus fuiſſe condemnatum in ſolidum, & cum eo actum fuiſſe judicati: lex ait eum fidejuſſorem poſſe deſiderare, ut ſibi adverſus cæteros fidejuſſores actio mandetur. Sed huc nihil attinet: nam lex non loquitur de beneficio diviſionis, ſed ceſſionis. Item moventur *l. inter.* 51. §. *ult. ff. de fidejuſſ.* ubi poſtquam unus ex fidejuſſoribus eſſet damnatus, & bona ejus in fiſcum redacta, actio deinde inter fidejuſſores diviſa fuit. Dicendum, fidejuſſorem ibi non ex fidejuſſione, ſed ex delicto fuiſſe damnatum, ita ut ex ea damnatione bona ſint fiſco applicata. Senſus ergo hujus legis hic eſt. Si unus ex fidejuſſoribus ſit damnatus ex delicto, & bona ejus publicata, poteſt creditor contra alios fidejuſſores jus ſuum perſequi: qui recte petent actionem dividi inter omnes qui ſolvendo ſunt, inter quos etiam fiſcus qui damnato fidejuſſori ſucceſſit, computabitur. Utputa ſi tres ſint privati fidejuſſores, & præterea fiſcus qui quarto condemnato fidejuſſori ex cauſa criminali ſucceſſit, quatuor partes fient in diviſione actionis. ex quibus fiſcus qui ſucceſſit in bona unius fidejuſſoris, quartam partem agnoſcet; pro reliquis vero partibus privati fidejuſſores convenientur. arg. *l.* 1. *C. de fidejuſſ. l.* 2. *C. ad l. Jul. de vi publ.* ubi dicitur, quod fiſcus qui ſucceſſit debitori vel fidejuſſori damnato ex delicto pro parte hereditaria tenetur creditoribus reſpondere.

ASSERTIO XXIX.

Exceptiones dilatoriæ, qualis eſt procuratoria, ante litem conteſtatam opponi debent.

PRobatur hæc aſſertio in *l. ita demum.* 13. *C. de procur. l. exceptionem.* 19. *C. de probat.* Sic exceptio procuratoria, quæ opponitur procuratori actoris ratione ſatiſdationis de rato non præſtitæ, debet opponi ante litem conteſtatam. Sic etiam exceptio procuratoria, quæ procuratori rei objicitur, de cautione judicatum ſolvi non præſtita, ante litem conteſtatam eſt alleganda. Et ſi adverſarius eam ante litis conteſtationem petere neglexerit, poſtea eam petere non poteſt. *l. Pomponius.* 40. §. *penult. ff. de procur. l. unic. C. de ſatiſdand.* Ratio eſt, quia exceptiones procuratoriæ ſunt dilatoriæ. *l.* 2. in fin. *ff. de except.* Atqui tales exceptiones omnes ante litem conteſtatam ſunt opponendæ. *d. l. exceptionem. Cujac. lib.* 18, *obſ. c.* 33.

Objicitur *l. licet.* 24. *C. de procur.* ubi traditur, exceptionem

falſi procuratoris etiam poſt ſententiam opponi poſſe. Reſp. *Caſtrenſ. in d. l. Pomponius.* §. *penult.* quod exceptio falſi procuratoris poſt ſententiam eſt admittenda, ſi reus vult in ſe aſſumere onus probandi, quod procurator non habuerit mandatum, & ita accipienda eſt *d. l. licet.* Aliter etiam reſponderi poteſt, quod tunc demum poſt ſententiam exceptio falſi procuratoris admittatur, ſi adverſarius ignoravit, eum falſum fuiſſe procuratorem, nullumque habuiſſe mandatum, & poſt ſententiam primum ſupervenit ejus rei notitia. Ita tradit *Accurſ. ad d. l. exceptionem.* Ratio eſt, quia cum falſo procuratore nullum judicium eſt, nullaque controverſia eſſe fingitur. Atqui exceptiones nullitatis, quæ ſcilicet reddunt judicium retro nullum, etiam poſt ſententiam opponi poſſunt. Sic exceptio judicis incompetentis poſt ſententiam opponi poteſt. *l. fin. C. ſi a non comp. jud. judicat. eſſe dicat. gl. in d. l. licet. C. de procur.* Vide *Baronem ad* §. *appellantur. inſt. de except.* Sic exceptio, quod ſententia lata ſit die feriato, quia reddit judicium retro nullum, poteſt etiam poſt ſententiam opponi. *l. ſi feriatis. 6. ff. de fer. & dilat. Weſemb. in paratit. ad tit. de except.*

ASSERTIO XXX.

Actionis definitio tradita in Inſt. tit. de actionnibus, tam realem quam perſonalem actionem complectitur.

VErbis definitionis actionis traditæ a Juſtiniano in *princ. tit. de action.* omnis actio tam realis quam perſonalis comprehenditur. Neque opus eſt cum Azone, Accurſio, Hotomanno & Barone addere ea verba definitioni, quod ſit *jus perſequendi judicio quod ſibi debetur, vel ſuum eſt*, ut etiam realem actionem complectatur. Verbum enim *debet*, hic late, generaliter, & ἐν πλάτει accipi oportet, ut comprehendat etiam actiones reales, quibus petimus id quod noſtrum eſt. *l. actionum. 25. ff. de oblig. & action.* Illud enim quod noſtrum eſt, & cujus domini ſumus, hactenus nobis debetur, quatenus adverſarius ad id reſtituendum ſeu reſtitutionem poſſeſſionis noſtræ nobis obſtrictus eſt. Sic in *l. pecunia. 178.* §. *ult. ff. de V. S.* expreſſe dicitur, hoc verbum *debere*, omnem omnino actionem comprehendere tam civilem quam honorariam, & in *l. debitor. 108. ff. eod. tit.* dicitur *debitor, a quo invito pecunia exigi poteſt.* Male ergo *Azo, Hotom. lib. 3. obſerv. c. 17. Cujacius in paratit. ff. de oblig. & action.* & *lib. 15. obſerv. c. 12.* & alii interpretes, actionem realem ſub hac definitione contineri negant.

Pro adverſariorum ſententia tale adfertur argumentum, quod omnis actio deſcendit ex obligatione; obligatio enim eſt proxima & immediata cauſa actionis. *l. licet. 42.* §. *ea obligatio. 2. ff. de procur.* Sed in §. 1. *inſt. de action.* diſerte traditur, rei vindicationem

dari

dari adverſus eum, qui nullo jure nobis obligatus eſt. Itaque definitione actionis non continetur realis actio. Reſp. Accepta latiori ſignificatione obligationis, realis actio etiam ex obligatione naſcitur, quia conventus reali actione, ſaltem per accidens, ratione rei poſſeſſæ obligatur ad reſtituendum, ex hoc vinculo obligationis, quod nemo debet cum alterius jactura locupletari, & quod quilibet injuſtus poſſeſſor res ſuas domino reſtituere tenetur. Actor itaque actione reali non perſequitur id quod ſibi debetur ratione dominii (quia illud jam habet, quippe cum actione reali agens afferat ſe dominum eſſe rei controverſæ, apud adverſarium autem poſſeſſionem eſſe adfirmet. *l. unic. C. de alien. jud. mut. cauſ. fact. l. in rem. 23. ff. de rei vind.*) ſed poſſeſſionem, quam adverſarius detinet, perſequitur. Concludo igitur cum *Jaſone, Zaſio, Sneidewino, Minſingero, Donello* & *Borcholt. ad princip. tit inſt. de action.* omnem actionem mundi ex aliqua præcedenti obligatione produci. Ubi enim eſſet legis æquitas, ſi innocentem fatigaret actionibus, niſi præambula eſſet aliqua obligatio. Confirmat hanc ſententiam *Coraſ. lib. miſcell. 5. c. 5. num.* 8. & 9. ubi recte notat, eum qui rem noſtram poſſidet, ratione poſſeſſionis rei noſtræ, noſtrum eſſe debitorem, per *l. creditores.* 10. *ff. de V. S.* ubi dicitur, *creditores eos accipiendos eſſe, quibus debetur ex quacunque actione vel perſecutione.*

ASSERTIO XXXI.

Actionum ſumma diviſio in duo genera diducitur, aut enim in rem ſunt, aut in perſonam.

SUmma & prima diviſio actionum, tam ratione ordinis quam dignitatis, deſumta a cauſa materiali, hæc eſt, qua omnes actiones diſtribuuntur in reales & perſonales. §. 1. *inſt. de act.* Actio in perſonam eſt, qua agimus, ut adverſarius condemnetur ad dandum vel faciendum aliquid, qui ex contractu vel quaſi, maleficio vel quaſi, nobis eſt obligatus. Hujus actionis natura eſt, ut ſemper inhæreat perſonæ obligatæ, &, ut ajunt DD. comitatur obligatum tanquam lepra leproſum. *l.* 1. §. *ſi heres.* 16. *ff. ad SC. Trebell.* Actio in rem eſt, qua petimus pronunciari rem noſtram eſſe, ejuſque poſſeſſionem nobis reſtitui. *l. actionum.* 25. *ff. de obl. & act.* Hæc ſemper contra poſſeſſorem datur, etiamſi in mille manus res perveniat.

Sed videtur hæc diviſio eſſe imperfecta, quia ſunt adhuc duo genera actionum, quæ ſub hæc diviſione non continentur, videlicet actiones mixtæ, & in rem ſcriptæ. Ad hanc objectionem reſpondendum, quod actiones mixtæ, quæ partim in rem, partim in perſonam ſunt, de quibus agitur in §. *quadam.* 20. *inſt. de action.* ſub

 duobus

duobus hiſce ſimplicibus membris continentur, cum quibus participant. Mixta enim comprehenduntur ſub ſuis ſimplicibus. *Gloſſ. in l. 2.* in princ. *ff. de V.O.* Actiones autem in rem ſcriptæ, ut eſt actio quod metus cauſa, *l. 9. §. ult. ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* item actio ad exhibendum, *l. 3. §. eſt autem perſonalis. 3. ff. ad exhib.* ſunt inſpecta origine ſua mere perſonales, quia dantur contra eos, qui nobis obligati ſunt ex maleficio, ut qui res noſtras per vim & metum abſtulerunt, vel ex quaſi contractu, ut eſt actio ad exhibendum quæ in eum competit, qui tempore conventionis ſeu judicii accepti facultatem habet exhibendi, vel dolo deſiit poſſe exhibere. *d. l. 3. §. eleganter. l. de eo. 12. §. ſi poſt. 4. ff. ad exhib. Baro ad d. §. 1.* Ideo autem dicuntur in rem ſcriptæ, quod liceet nobis per eas actiones res perſequi, ad quemcunque poſſeſſorem devenerint. *Zaſius. ad d. §. 1. num. 15.*

ASSERTIO XXXII.

Actiones aliæ bonæ fidei ſunt, aliæ ſtricti juris.

TRaditur hæc deciſio in §. *actionum. 28. inſt. de act.* Actiones bonæ fidei ſunt, in quibus liberam poteſtatem habet judex ex bono & æquo æſtimandi, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat, liberumque habet arbitrium judicandi quod ſibi bonum & æquum videbitur, licet de eo nihil dictum ſit a contrahentibus. *§. ult. inſt. de obligat. ex conſenſ. l. quia tantundem. 7. ff. de neg. geſt. §. in bonæ fidei. 30. inſtit. de action.* Stricti juris actiones ſunt, in quibus judex adſtringitur legibus contractuum, expreſſiſque partium conventionibus, neque liberam habet poteſtatem judicandi ex bono & æquo, ultra ea quæ expreſſa partium conventionibus & pactis cauta & comprehenſa ſunt. *l. quidquid. 99. ff. de V. O.*

Objicitur *l. placuit. 8. C. de judic.* ubi dicitur, *omnibus in rebus*, & proinde in omnibus actionibus, *præcipuam eſſe juſtitiæ æquitatiſque, quam ſtricti juris rationem.* Unde colligitur nullas eſſe stricti juris actiones. Reſp. Strictum jus ibi accipitur pro ſummo jure, quando verbis legis tantum præciſe & pertinaciter obſervatis mentem & ſententiam legis negligimus. Hoc jus nunquam ſequimur, ideoque eo ſenſu nullæ ſunt actiones ſtricti juris, in quibus ſcilicet verbis tantum legis pertinaciter captatis mentem & voluntatem legis non attendimus. *l. penult. ff. ad exhib.* Eleganter *Cicero in orat. pro Cæcinna: Scriptum ſequi calumniatoris eſt; boni autem judicis, voluntatem ſcriptoris auctoritatemque defendere.* fac. text. elegans in *l. ſcire oportet. 13. §. aliud autem. ff. de excuſ. tut.* ubi dicitur: *Etſi verba legis hanc efficiant ſententiam, mens tamen legiſlatoris aliud voluit.* & *l. penult. ff. ad exhib.* ubi inquit JC. *Paulus Non oportet jus civile calumniari, neque verba captare, ſed qua mente*

quid

quid dicatur, animadvertere convenit. Verum hoc ſenſu recte dicuntur aliæ actiones bonæ fidei, aliæ ſtricti juris; quod ſcilicet judex in illis ex libera poteſtate æſtimare poteſt, quicquid ex bona fide adverſarium dare facere oportet. §. *in bonæ fidei.* 30. *inſt. de act.* in his vero poteſtas judicis eſt certis finibus incluſa & adſtricta. *d. l. quidquid. ff. de V. O.*

Secundo objicitur *l. bonam fidem.* 4. *C. de obl. & act.* ubi dicitur, in omnibus contractibus bonam fidem adeſſe oportere. Ergo omnes actiones ſunt bonæ fidei. Reſp. Hoc ita accipiendum eſt, quod in contractibus bonæ fidei maxime exuberare debet æquitas ſeu bona fides: in ſtricti vero juris judiciis bona fides non tam diligenter ſpectatur, ſed plerunque negligitur. *l. Lucius.* 24. *ff. depoſ. l.* 5. *C. de reſc. vend.* Exempli gratia: in utriſque exigitur, ut debita ſine mora reddantur: hoc vero in bonæ fidei contractibus exigitur maxime, & ideo ex mora in bonæ fidei contractibus veniunt uſuræ. Ex mora in contractibus ſtricti juris non exiguntur uſuræ, citra vinculum ſtipulationis, etiam poſt litem conteſtatam. Mora culpatur magis in uno contractu quam in alio. *l. mora.* 32. §. *in bonæ fidei.* 2. *l. lite.* 35. *ff. de uſur. l. cum fundus.* 31. *ff. de reb. cred. l.* 1. *C. de cond. indeb.* & ibi *gloſſ. ſing. l.* 3. *C. de uſur. Minſ. ad* §. *actionum. inſtitut. de action. num.* 16. Secundo bonæ fidei hoc eſt proprium, ut in contractibus abſit dolus & calliditas: hoc in bonæ fidei contractibus maxime & potiſſimum exigitur. Unde contractus bonæ fidei, quibus dolus dedit cauſam, ipſo jure nulli ſunt. *l. & eleganter.* 7. *ff. de dolo. l.* 3. *pro ſoc.* Contractus vero ſtricti juris, quibus dolus dedit cauſam, ipſo jure valent, nec infirmantur, niſi actione vel exceptione doli propoſita. *l. dolo.* 5. *C. de inut. ſtip. l.* 36. *ff. de V. O. l. & eleganter.* 7. §. *non ſolum.* 3. *ff. de dolo. Cujac. lib. obſ.* 8. *c.* 10. Tertio ex eo liquet, contractus bonæ fidei pleniores & uberiores eſſe, quam ſtricti juris contractus, quod in omnibus bonæ fidei contractibus, cum nondum dies præſtandæ pecuniæ venit, ante diem agi poteſt ad interponendam cautionem, id eſt, ſatiſdationem ex juſta cauſa, puta quod debitor labatur facultatibus. *l. in omnibus.* 41. *ff. de judic. l. ſi creditores.* 31. *ff. de privil. cred.* & periculum ſit eum adveniente die non fore ſolvendo. *l. ſi fidejuſſor.* 7. §. *ult. ff. qui ſatiſd. cog. vel jurat. &c.* Quæ cautio locum non habet in ſtricti juris judiciis. *l. quoties.* 47. §. *ſi ſemel.* 2. *ff. de pecul.* Quarto in contractibus bonæ fidei fructus veniunt a tempore moræ. *l.* 3. §. *cæterum. ff. de uſur.* In ſtrictis vero judiciis non a tempore moræ, ſed ex lite conteſtata fructus debentur ex æquitate. *l.* 38. §. *ſi actionem.* 7. *ff. de uſur. l. cum fundus.* 31. *ff. de reb. cred. l. ſi homo.* 8. *ff. de re jud. Cujac. lib.* 17. *obſ. c.* 37. *Minſ. d. loco. num.* 20. ubi recenſet novem differentias inter actiones bonæ fidei & ſtricti juris. Poteſt etiam rectius & melius hoc modo ad *d. l. bonam fidem.* reſponderi, quod bona fides ibi ſignificet ſimplicem & ſince-

ram voluntatem, rectumque animi propoſitum, & ſic dolo, fraudi, calliditati & malitiæ opponitur. *l. ab emtione.* 58. *ff. de pact. l. ſi cum fundum.* 68. *ff. de contr. empt.* In hac ſignificatione bona fides in omnibus contractibus neceſſaria eſt, quia ab omni negotio contrahendo fraus & dolus malus abeſſe debet. Verum in propoſita diviſione bona fides non pro ſincero & puro animo, ab omni fraude & dolo remoto, uſurpatur, ſed potius idem valet quod bonum & æquum ſive æquitas, ſecundum quam judex in bonæ fidei judiciis non ſtricte inhærere tenetur petitioni actoris, ſed libere adjudicare poteſt actori etiam ea, de quibus nihil inter partes dictum aut conventum eſt, dummodo bona fides, hoc eſt, æquitas poſtulet illorum rationem haberi. Atque hoc modo bona fides accepta, non in omnibus, ſed in bonæ fidei tantum contractibus & actionibus attenditur. *in fin. inſtit. de obl. ex conſenſ.* cum in ſtricti juris contractibus ea tantum præſtentur, quæ expreſſa contrahentium conventione cauta ſunt, neque plus, neque minus. *l. quidquid.* 99. *ff. de V. O.* Ita erudite reſpondet *Harprechtus ad §. actionum. inſtitut. de action.*

Assertio XXXVIII.

A contractu perfecto, invito adverſario non licet recedere.

Regula eſt generalis in omnibus contractibus, quod ſicut ad contrahendam obligationem exigitur utriuſque voluntas, ita ſemel conſtitutæ obligationi unus invito altero non poteſt renuntiare. *l. ſicut.* 5. *C. de obl. & act.*

Objicitur huic regulæ, quod in contractu ſocietatis alterutri ſociorum altero invito etiam licet ſocietati renuntiare. *l. verum.* 63. *§. fin.* & *l. ſeq. ff. pro ſoc. §. manet.* 4. *inſt. eod.* Reſp. Hæc regula non procedit in ſocietate. Societatis enim ea eſt natura, ut nemo invitus cogatur in communione manere, eo quod communio plerunque ſolet excitare diſcordias. *l. cum pater.* 77. *§. dulciſſimis.* 20. *ff. de leg.* 2. *l. ult. C. comm. divid.*

Secundo opponitur, quod mandatum revocatur etiam ſolo diſſenſu mandatoris, ſicut & renuntiatur mandato a ſolo mandatario. *l. ſi mandavero.* 22. *§. fin. ff. mandat.* Reſp. Hoc quoque ſpeciale eſt in mandato, quod ſolus mandatarius re integra renuntiare poſſit mandato, quando videlicet commodum adhuc eſt mandatori mandatum per alium explicare: ſicut & mandatori licet re integra revocare mandatum, ubi nihil adhuc cœpit gerere mandatarius. *d. §. final.* Ratio eſt, quia actio mandati tum demum competit, quando cœpit intereſſe mandantis. Atqui ubi renuntiatur mandato re adhuc integra, mandantis nihil intereſt, ideo-

ideoque locus eſt renuntiationi. *l. ſi procuratorem.* 8. §. *mandati.* 6. *ff. mandat.*

Tertio objicitur, quod licet in depoſito & precario convenerit, ne liceat ante certum tempus depoſitum vel precarium repetere, tamen non obſtante iſta conventione, nihilominus ubi commodum fuerit deponenti, vel precario danti, revocabitur depoſitum vel precarium. *l.* 1. §. *penult. ff. depoſſ. l. cum precario.* 12. *ff. de precar.* Reſp. Hoc fit ideo, quia hæc conventio eſt contra naturam depoſiti vel precarii. Ideoque ei non eſt ſtandum, cum pacta contra naturam contractus appoſita de jure non ſubſiſtant. *l. cum manu ſata.* 80. §. *ult. ff. de contr. empt. l. ubi ita.* 27. *ff. de donat. cauſ. mort.* Atqui natura depoſiti & precarii eſt, ut ad arbitrium deponentis, vel precario dantis revocentur.

Quarto objicitur, quod in contractibus innominatis liceat ei qui implevit a ſua parte contractum, pœnitere, & diſcedere a contractu. *l.* 3. §. 1. *ff. de cond. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* Reſp. In iis contractibus id tacite agi videtur, ut quamdiu res ob quam quid datum eſt, ab altera parte non ſequatur, repetitio dati ſit. *l.* 1. in fin. *ff. de rer. permut.* Is vero qui accepit ex contractu innominato, pœnitentia ſua non poteſt a contractu recedere. *l. ſi pecuniam.* 5. in princ. *ff. de cond. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* & ibi *gloſſ.* quam approbat *Salicet. in d. l. ſicut.* Ratio autem diverſitatis, quare citius diſſolvantur contractus innominati per pœnitentiam, quam nominati, hæc eſt, quia ſicut ad initium ſeu productionem ſunt debiliores contractibus nominatis, ita quoque ad exiſtentiam ſeu firmitatem ſunt imbecilliores. *Cynus ad l. ſicut. C. de obligat. & action. num. ult. gl. magiſtralis & elegans in d. l. ſi pecuniam.* in verb. *ſed cum liceat pœnitere. ff. de condict. cauſ. dat. &c.* ubi dicit, quod ſicut contractus innominati ſunt debiles in contrahenda obligatione, ita & in retinenda.

Assertio XXXIV.

In actionibus mixtis aut pœnalibus, ſi plures deliquerint, quod unus præſtitit pœnæ nomine, non liberat alios.

Certiſſima hæc eſt juris regula, quæ probatur in *l. penult.* & *l. ult. ff. ne quis eum qui in jus voc. vi exim. l. item Mela.* 11. §. *ſi plures.* 4. *ff. ad l. Aquil. l.* 7. §. *ult.* cum *l. ſeq. ff. de juriſd.* Idque rationem manifeſtam habet, ne ſcilicet ullius delictum ullo modo maneat impunitum.

Objicitur *l. illud.* 32. *ff. ad l. Aquil.* ubi dicitur, ſi familia alicujus domini furtum fecit, vel damnum dedit, non plus familiæ nomine præſtatur, quam ſi unus deliquiſſet. Sed hoc ideo rece-

ptum eſt, quia hoc unum factum, id eſt, unius hominis intelligitur. Quod non ſimiliter procedit in actione injuriarium, & albi corrupti, in quibus delictis a familia commiſſis, dominus tenetur pluribus actionibus. *l.* 9. *ff. de juriſd. l. ſi plures.* 34. *ff. de injur.* Ratio diverſitatis eſt, quia actiones furti & legis Aquiliæ pro damno pecuniario intenduntur, quod ſi ſemel dominus dependat, obligationi ſatisfecit. In actione vero injuriarum, & albi corrupti, vindicatur contumelia, quæ eo gravior eſt, quo a pluribus infertur: ideoque plura facta intelliguntur, non unum. *Cujac. lib.* 8. *obſ. c.* 20.

Secundo objicitur *l.* 1. §. *ſi plures.* 4. *ff. de eo per quem fact. erit quo minus quis in jud. ſiſt.* Sed ea actio id quod actoris intereſt, perſequitur, non meram pœnam. *l.* 4. *ff. eod.* Mera pœna ſæpius a diverſis exigitur; id quod intereſt, non niſi ſemel.

Tertio adverſatur *l. item ſi cum.* 14. §. *fin. ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* ubi uno ex pluribus metum inferentibus ſolvente pœnam, vel rem metu ablatam reſtituente, cæteri liberantur. Reſp. Hæc eſt natura actionis quod metus cauſa, ut non competat in quadruplum, niſi in eum qui reſtituere jubetur rem metu ablatam, & non paret. Unus igitur ſi rem præſtiterit ante ſententiam, cæteri liberantur. Idem eſt ſi quadruplum præſtiterit ex ſententia: nam in quadruplo ineſt res metu ablata. qua præſtita, nihil ejus intereſt, qui metum paſſus eſt. igitur conſequens eſt cæteros liberari. Atqui regula loquitur de iis actionibus, quæ pœnales ſunt ab initio: hæ dantur in ſingulos, nec ſufficit, ſi unus pœnam ſolvit. *d. l.* 7. §. *ult.* &. *l. ſeq. d. l. ſi plures. Cujac.* & *Baro ad d. l. item ſi cum.* §. *final. ff. quod met. cauſ. geſt. erit.*

ASSERTIO XXXV.

Quoties concurrunt plures actiones unius rei nominē, una tantum quis experiri debet.

Traditur hæc regula in *l. nemo.* 43. §. 1. *ff. de R. J.* Quæ ut melius intelligatur, ſciendum eſt, alias actiones rei perſecutorias eſſe, alias pœnales, alias mixtas, id eſt, tam rei quam pœnæ perſequendæ cauſa comparatas. §. *ſequens.* 16. *inſt. de act.*

De rei perſecutoriis prodita hæc eſt regula: *Quoties plures actiones ejuſdem rei nomine concurrunt, una* tantum *quis experiri debet.* id eſt, quoties concurrunt plures actiones rei perſecutoriæ, ex una eademque cauſa & obligatione deſcendentes, toties una electa altera perimitur. Sic enim quando quis cum ſervo, qui negotiatur in merce peculiari, contrahit, concurrunt actio de peculio & tributoria, quarum una electa ad aliam regreſſus non datur. *l. quod in herede.* 9. §. 1. *ff. de trib. act.* Sic *ſi mihi tecum ſocietas ſit, & res ex ſocie-*

ſocietate communes, *& quam impenſam in eam fecero, quoſque fructus ex his rebus perceperis, vel pro ſocio, vel communi dividundo actione conſequar, & altera actione alteram tolli Proculus ait in l. pro ſocio.* 38. §. 1. *ff. pro ſoc.* Sic in tutela, ex una cauſa & obligatione duas actiones naſci conſtat: & ideo ſi tutelæ fuerit actum, de rationibus diſtrahendis agi non poteſt, ſive contra, tutelæ actio quoad iſtam ſpeciem perempta eſt. *l.* 1. §. *penult. ff. de tut. & rat. diſtr. &c.*

De pœnalibus actionibus prodita eſt illa juris regula, quæ habet: *Nunquam actiones pœnales de eadem re* vel pecunia *concurrentes, alia alium conſumit. l. nunquam.* 103. *ff. de R. J.* Quæ regula cum hac diſtinctione recipienda eſt: Aut enim pœnales ſunt, quæ ex pluribus factis & delictis deſcendunt: aut pœnales ſunt, quæ ex uno facto & delicto proveniunt. De pœnalibus, quæ ex pluribus factis & delictis oriuntur, vera eſt regula, quod ſcilicet alia ab alia non conſumitur, veluti ſi quis eundem hominem ſurripuerit, ſurreptum verberaverit & occiderit, hic actione furti, injuriarum, & legis Aquiliæ efficaciter conveniri poterit. *l.* 2. *ff. de privat. delict. l. ſi ſervus.* 27. *ff. ad l. Aquil.* Item ſi quis alienam ancillam ſurripuerit & flagitaverit, id eſt, ſtupraverit, & ita corruperit, ſervi corrupti, & furti agi poteſt. *d. l.* 2. *l. qui ſervum.* 34. in princ. *ff. de obl. & act.* Idque ob hanc rationem, quod nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim unum delictum ob aliud minuit pœnam. *d. l.* 2. *l. qui ſervandarum.* 14. §. 1. *ff. de praeſcr. verb.*

Tertia regula: *In pœnalibus actionibus pluribus, quæ ex uno facto & delicto proveniunt, unius actionis electione altera conſumitur, niſi quid in altera pluris ſit.* Veluti ſi quis furtim arbores ceciderit, adverſus eum & lege Aquilia & arborum furtim cæſarum agi poteſt. *l.* 1. *ff. arb. furt. caſ.* Sic ſi quis rem rapuerit, & furti & vi bonorum raptorum tenetur. *l.* 1. *ff. vi bon. rapt.* Sic ſi quis alienum ſervum injurioſe verberaverit, ex uno facto incidit & in legem Aquiliam, & in actionem injuriarum. *d. l. qui ſervum.* in princ. Quibus caſibus una actione, non omnibus contendendum eſt. *l. plura.* 53. *ff. de obl. & act.* niſi forte poſt eam inchoatam quæ minus continet, intendat eam quæ plus continet, quod fieri poteſt tantum in eo quod plus eſt: Veluti ſi prius egeris cum raptore furti nec manifeſti in duplum, ſupereſt actio de bonis raptis in id quod amplius in ea eſt: ſi vero prius egeris actione bonorum raptorum, conſumitur actio furti nec manifeſti.

Quid vero dicendum eſt, ſi concurrat actio pœnalis cum rei perſecutoria? quo caſu rurſus diſtinguendum eſt. Nam pœnalis aut mere pœnalis eſt, aut mixta. Si mere pœnalis concurrit cum rei perſecutoria, altera alteram non tollit. Sic enim actio furti non tollit condictionem furtivam, *l. ſi pro fure* 7, §. 1. *ff. de cond. furt.*

nec

nec actionem depoſiti. *l. ſi ſacculum.* 29. *ff. depoſ.* neque locati *l.* 24. *ff. locat.* Sin autem eſt mixta pœnalis, conſumitur altera, ſi modo ea intentetur actio, quæ continet quod plus eſt. Sic enim actio vi bonorum raptorum conſumit condictionem furtivam. *l.* 10. §. 1. *ff. de cond. furt.* §. 1. *inſt. de vi bon rapt.* Sed ſi prius egeris condictione furtiva contra raptorem, ſupereſt actio vi bonorum raptorum in triplum. *l. penult. ff. vi bon. rapt.* Similiter actio in factum de calumniatoribus, quæ datur in quadruplum, contra eum qui pecuniam accepit, ut mihi per calumniam litem moveret, condictionem ob turpem cauſam impedit. *l. in heredem.* 5. §. 1. *ff. de calumniator.* Sic actio legis Aquiliæ actionem commodati conſumit. *l. unde quæritur.* 7. §. 1. *l. in rebus.* 18. §. 1. *ff. commod.* & denique actio quod metus cauſa rei vindicationem extinguit. *l. metum.* 9. §. *licet.* 6. *ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* De concurſu actionum vide eleganter differentem *Cujac. lib. obſ.* 8. *c.* 24. & *Hotom. in illuſt. quæſt. c.* 27. *Vincent. Cabotium. lib.* 1. *diſp. jur. c. ult.*

ASSERTIO XXXVI.

Heres ex contractu defuncti ob dolum tenetur in ſolidum; ex delicto defuncti tantum in id, quod ad eum pervenit.

EX dolo defuncti in delictis commiſſo heres non tenetur, niſi lis cum defuncto fuerit conteſtata, vel ad heredem aliquid pervenerit. *l. unic. C. ex delict. defunct. in quant. hered. conven. l.* 1. *ff. de privat. delict. l. in heredem.* 5. *ff. de calumn. l. ſicut. pœna.* 38. *ff. de R. J.* Ex dolo autem a defuncto in contractibus commiſſo heres obligatur in ſolidum, etiamſi ad eum nihil pervenerit. *l. ad ea.* 157. §. *fin. ff. de R. J. l. ex parte.* 121. §. *ult. ff. de V. O. l. ſi hominem.* 7. §. 1. *ff. depoſ. l. ex depoſiti.* 2. *ff. de obl. & act.*

Priori parti adverſatur *l. in conditione.* 9. *ff. de cond. furt.* ubi dicitur, quod heres furis conventus condictione furtiva, non quatenus ad eum pervenit, ſed in ſolidum tenetur. Reſp. Ab hac deciſione excipitur heres furis, qui condictione furtiva convenitur: contra eum enim datur hæc condictio in ſolidum. Rationem reddit *Bart. in l.* 2. *de privat. ff. delict.* ut compeſcatur furtorum frequentia, hoc ſpecialiter odio furum eſſe conſtitutum, cum in aliis actionibus ex delictis, heredes tantum teneantur in quantum locupletiores facti ſunt.

Secundæ parti refragatur §. *aliquando. inſt. de perp. & temp. act.* ubi dicitur, fieri aliquando ut ex dolo defuncti contractus heredem non teneat, ſi nihil ad eum pervenit. Reſp. Hoc tantum fit aliquando, ſcilicet in actione depoſiti, quod ruinæ, tumultus, naufragii cauſa depoſitum eſt, quæ actio in duplum non datur ex

dolo

dolo defuncti in heredem, ſed in ſimplum tantum, quatenus ad eum pervenit, quia hæc actio pœnalis eſt. *l.* 18. *ff. depoſ.* §. *rei perſequendæ.* 17. *inſt. de act. Cujac. ad d. l. ex ea parte* §. *fin. ff. de V. O. Contin: ad d.* §. *aliquando. inſt. de perp. & temp. act.*

ASSERTIO XXXVII.

Diverſitas reſponſionis non vitiat ſtipulationem, ſi eſt in quantitate: ſed diverſitas in qualitate & forma ſtipulationis vitiat ſtipulationem, niſi accedat complacentia.

Quoties diverſitas eſt in ſtipulatione, & reſponſione, ſiquidem eſt in quantitate, vel in ſumma, non in totum inutilis eſt ſtipulatio, ſed valet in concurrente quantitate. Si vero deverſitas eſt in qualitate vel cauſa obligationis, ut ſi alternatio, conditio, vel dies adjiciatur, ſeu detrahatur ſtipulationi, in totum inutilis eſt ſtipulatio, niſi diverſitas reſponſionis ilico ſtipulanti placuerit; tunc enim convaleſcit novo conſenſu. *l.* 1. §. 3. *l. inter.* 83. §. *ſi ſtipulante.* 2. *l. ſi ita.* 109. *ff. de verb. obl.* Nam regula quæ in *d. l.* 1. §. *ſi quis ſimpliciter.* 3. verſ. *cum adjicit.* ponitur, quoties aliquid adjicitur vel detrahitur ſtipulationi, vitiari obligationem, niſi ilico diverſitas reſponſionis placeat ſtipulatori, ad præcedentes caſus legis pertinet, in quibus in forma ſeu qualitate ſtipulationis variatum eſt. Subjungit enim Ulpianus quod alia ſtipulatio per novum conſenſum contracta intelligatur. Quod in diverſitate ſummarum dici non poteſt, cum minor ſumma ſemper contineatur ſub majori, & diverſitas non ſit in concordante ſeu minori ſumma. In ſummis itaque valet ſtipulatio pro minori quantitate, abſque novo conſenſu. *d. l. ſi ita.* ubi dicitur, quod in ſummis ſemper ſponderi videtur quod minus eſt, ut ſtipulanti decem, viginti promittantur, ſtipulatio erit contracta in decem. & *d. l. inter.* §. *diverſa.* 3. ubi additur elegans ratio, quod *ſemper in ſummis id quod minus eſt, ſponderi videtur.* Non opus eſt ergo, ut complacentia inter ſtipulantes accedat, ubi diverſitas ſummarum in ſtipulatione verſatur.

Opponitur §. *praterea.* 5. *inſt. de inut. ſtip.* ubi æquiparat Imp. haſce ſtipulationes, & ait ſimpliciter inutiles eſſe, ſive diverſitas fuerit in quantitate, ſive in qualitate, ſeu cauſa ſtipulationis. Reſp. quod Imp. in inſtitutionibus, quæ ſunt prima juris elementa, ſubtiliores diſtinctiones ſæpe omiſit, ad faciliorem tyronum captum. Inſtitutum enim fuit Imp. in inſtitutionibus capita rerum tantum attingere, exceptionibus in latiores digeſtorum libros rejectis. Itaque quod dicitur in *d.* §. *praterea.* ſi ſtipulanti x. promiſſor reſpondeat v, inutilem eſſe ſtipulationem, hoc ſup-

ſupplendum eſt ex *l.* 1. §. *ſi ſtipulanti.* 4. *ff. de V. O.* quod inutilis ſit ſtipulatio quoad decem, quia non reſponſum eſt ad decem, ſed tantum valet quoad quinque. Nam hæc ſtipulatio, *Promittis decem?* reſolvitur & recidit in duas, ſcilicet in quinque, & quinque, & ad alteram tantum reſponſum cenſetur, ad alteram non. Illa utilis eſt, hæc inutilis. §. *ſi quis alii.* 4. verſ. *quod ſi quis ſibi inſt. de inut. ſtip.* neque utilis ſtipulatio per inutilem vitiatur. *c. utile. de R. J. in* 6. *d. l.* 1. §. *ſed ſi mihi.* 5. *ff. de V. O. Duarenus ad d. l.* 1. *Contius ad d.* §. *praterea. inſt. de inut. ſtip.*

Objicitur ſecundo *l. ſi decem.* 52. *ff. locati conducti.* ubi dicitur, quod ſi in locatione ſit diverſitas in quantitate mercedis, nihil actum videri. ut ſi locator exiſtimaverit ſe domum locare viginti aureis, conductor ſe decem conduxiſſe putet. Reſp. In contractu lucrativo, utputa in ſtipulatione, diverſitas quantitatis non vitiat contractum in totum, quia quicquid ſtipulator habet, in lucro eſt: ſed in contractu oneroſo propter diverſitatem pretii vitiatur totus contractus, ne alteruter contrahentium in damnum incidat. *Caſtrenſ. ad d. l.* 1. §. *ſi ſtipulanti.* in fin. De hac quæſtione, an diverſitas reſponſionis in quantitate vitiet ſtipulationem eleganter & perſpicue diſſerit *Franciſc. Sarmientius. lib.* 6. *ſelect. interp. c.* 3. Conſulendus & eruditiſſimus *Coraſius ad. d. l.* 1. §. *ſi ſtipulanti. ff. de V. O. num.* 2. & 3. qui prædictam ſolutionem ſupra a me allatam tuetur & approbat, nec non *Vaconius a Vacuna lib.* 5. *declar. jur. civil. cap.* 71. ubi omnium elegantiſſime ſcribit.

Assertio XXXVIII.

Stipulatio imperſonaliter concepta, dabis? dabuntur: promittis? promittuntur, *utilis eſt.*

Quæſitum eſt a DD. an iſta ſtipulatio valeat, *dabis? dabitur.* & Bart. communiſque interpretum ſchola eam valere negat. Quibus cum Raphaele Cumano, Alciato, aliiſque melioribus rationibus nitentibus, conſentire non poſſum. Verius itaque & probabilius eſt, quod ſtipulatio imperſonaliter concepta, hoc modo, *dabis? dabuntur, promittis? promittuntur*, valida & efficax de jure cenſeatur. quod inter alia Plauti loco allato comprobat *Alciatus lib.* 2. *parer. c.* 18. in quo ita legitur concepta ſtipulatio: *dabin? dabuntur.* quæ perinde valet, ac ſi dixiſſet, *dabo.* Verba *Plauti in Pſeudolo* ita habent: *Nullum periculum eſt quod ſciam ſtipularier, ut concepiſti verba, Viginti minas dabis? Dabuntur. hoc igitur quidem actum eſt haud male.* Comprobatur hæc aſſertio iſta ratione, quod in ſtipulatione præcedat interrogatio, ſecundum quam reſponſio interpretanda & accipienda eſt. arg. §. *praterea.* 5. *inſt. de inut. ſtip.* ita ut perſona in interrogatione expreſſa, in reſponſione repe-

repetita videatur. *l. ſi ſine. 9. §. qui interrogatus. 5. ff. de interrog. in jur. fac. & interrogat. act.*

Nec obſtat, quod dicitur in *auth. ſi quando. C. de conſt. pecun.* non obligari eum qui ita conſtituit *alieno nomine*, *Satisfacis? ſatisfiet*, verbo imperſonaliter prolato, quia eadem imperſonalitas vitiat ſtipulationem. Temporis enim diverſitas facit (veluti ſi ſtipulanti, *promittis?* reſpondeat, *promittentur*) ut perſona in interrogatione expreſſa, in reſponſione repetita non videatur. Idque propter reſponſionem incongruam, cum alter de præſenti quærat, alter de futuro reſpondeat. Sic in conſtituto ſi quæratur, *ſatisfacis?* & reſpondeatur, *ſatisfiet*; conſtitutum non valet. *d. Auth. ſi quando.* ſecus ſi reſpondeatur, *ſatisfit*, modo animus conſtituendi adſit. Scite *Cujac.* JCtorum noſtri temporis princeps & coryphæus *ad l. 5.* in fin. *ff. de verb. obl.*

Poſtremo non obſtat, quod JC. *Paulus* reſpondet *in l. ſi ita. 26. §. Chryſogonus. 2. ff. de verb. obl.* in ſtipulationibus perſonam nunquam intelligi, niſi exprimatur, quia hoc locum habet, cum duæ ſunt diſtinctæ ſtipulationes, una ſortis, altera uſurarum: tunc perſona in una ſtipulatione nominata, non comprehenditur in alia. Itaque recte *Paulus in d. l. ſi ita.* reſpondet, quod in acceſſoria ſequenti ſtipulatione non poteſt dici repetita perſona, quæ in ſtipulatione rei principalis expreſſa eſt. Ratio eſt, quia ſunt duæ ſtipulationes, una ſortis, altera uſurarum. *l. centum. 8. ff. de eo quod cert. loc. dar. oport.* Vide *Godaeum de contrah. ſtipul. cap. 4. concluſ. 3.*

ASSERTIO XXXIX.

Ex ſtipulatione alteri facta, non acquiritur actio, niſi ſtipulantis interſit.

ALteri inutiliter ſtipulamur, niſi interſit noſtra. *l. 3.* & *l. ult. C. de inut. ſtip. §. alteri. 18. inſt. de inut. ſtipulat. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obl.* ubi additur a JC. Ulpiano elegans hujus axiomatis ratio, quod *inventa ſunt hujuſmodi obligationes ad hoc, ut unuſquiſque ſibi acquirat, quod ſua intereſt.* Cæterum ut alii quid detur, nihil intereſt mea. Verum ſingulare eſt in mutuo, ut per liberam perſonam alteri acquiri poſſit condictio, ſi quis pecuniam alieno nomine credidit, ob frequentem & crebrum hujus contractus uſum: tunc enim illi cujus nomine pecunia mutuo data eſt, etiam ignoranti & abſenti quæritur actio ex mutuo, ſcilicet condictio certi. *l. ſi ita ſtipulatus. 126. §. Chryſogonus. 2. ff. de verb. oblig. l. ſi abſentis. 4. C. ſi cert. pet.* Alteri, inquam, cujus nomine data eſt mutua pecunia, dabitur directa condictio ex numeratione ſeu mutuo. *l. certi. 9. §. ſi nummos. 8. ff. de reb. cred.* Ex eadem cauſa

ſa acquiritur etiam nobis per alterum hypothecaria actio, ſi pignus pro mutuo datum ſit. *l.* 2. *C. per quas perſ. nob. acq. oblig.* Sed hoc tantum in mutuo obtinet, alioqui non acquiritur nobis actio per liberam perſonam noſtro nomine contrahentem. *l. ſolutum.* 11. §. *per liberam.* 6. *ff. de pign. act.* Sunt tamen ſingulares aliquot caſus notandi, quibus alteri per alterum ex ſtipulatione acquiritur. Primus eſt, ſi aliquis mihi ſuper re mea ſtipuletur. *l. penult. C. ad exhib. l. quod procurator.* 68. *ff. de procur. l. ſi cum venderet.* 13. *ff. de pign. act.* Secundus eſt, quando quis ſuper re ſua, quæ ſua manet, alteri ſtipulatur. *l. Publia Mævia.* 26. in princ. *ff. depoſ.* fac. *d. l. penult. C. ad exhib.* Tertio in donatione & dote uſurpatum eſt, ut alteri ſtipulatio facta utilis ſit. *l. quoties.* 3. *C. de donat. quæ ſub. mod. vel cond. &c. l. Cajus.* 45. *ſolut. matr.* Quarto ex ſtipulatione tutoris quæritur utilis actio pupillo. *l.* 2. *ff. quand. ex fact. tutor. vel curat. &c.* Quinto in perſonis publicis, ut tabellionibus ſeu notariis obtinet, ut alii utiliter ſtipulentur. *l.* 2. *ff. rem pup. vel adoleſc. ſalv. fore.* Sexto ex ſtipulatione procuratoris ſingulari privilegio militi quæritur actio. *l. ſi pecuniam.* 26. *ff. de reb. cred.* Alias procurator non acquirit actionem ex ſuo contractu domino, niſi ei a procuratore cedatur. *l. poſſeſſio.* 49. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* Si tamen præſente domino ei ſtipuletur, acquirit ei, nec ceſſione opus eſt. *l. ſi procuratori.* 79. *ff. de V. O.* Septimo in omnibus caſibus, qui ad liberandum pertinent, domino quæritur per procuratorem. *l. reſcriptum.* 10. §. *ult. ff. de pact.* Ultimo in judiciis ſive judicialibus & prætoriis ſtipulationibus perpetuum eſt, ut alteri per alterum quæratur. *l.* 27. in fin. & *l.* 28. *ff. de procur.*

Objicitur contra hanc aſſertionem tale argumentum: Alterius conditionem etiam inviti & ignorantis licet meliorem facere. *l. ſolvendo.* 39. *ff. de neg. geſt.* Ergo & alteri ſtipulari poſſumus. Reſp. Ideo alii non poſſumus ſtipulari, quia non licet nobis paciſcendo vel ſtipulando alterum obligare, vel onerare, ſi noſtra non interſit. Quod hoc caſu, quo alteri ſtipulamur dari aliquid vel fieri, accidit.

ASSERTIO XL.

Promittens ſe curaturum, quod alius dabit vel faciet, rem effectui dare tenetur, contra communem DD. opinionem.

Digladiantur acriter interpretes, ad quid teneatur, qui promiſit ſe curaturum, vel effecturum, ut alius det vel faciat. Communis & recepta eſt DD. ſententia, eum a promiſſione liberari, ſi tantum adhibeat rei conficiendæ curam, quanta adhiberi poteſt. Ita tradunt *Bart. conſ.* 236. *Maran. diſputat.* 2, *num.* 20. 23. & 27. ubi

27. ubi dicit, in practica hanc opinionem ſervari, licet in puncto juris obtineat contrarium. *Weſemb. ad §. ſi quis alium. inſtit. de inut. ſtip.*

Alciatus vero, *Zaſius*, & *Cujacius* poſt *Jaſonem in l. ſtipulatio iſta. 38. ff. de verb. obl.* exiſtimant promiſſorem ad effectum præciſe teneri, nec liberari præſtando omnem diligentiam, ſi in vanum laboraverit. Itaque ſi effectus non ſequatur, promiſſor ad id quod intereſt, condemnabitur, vel ad pœnam, ſi pœna ſit ſtipulationi adjecta. Quæ ſententia confirmatur per *l. ult. §. ult. ff. de reb. cred.* ubi dicitur, quod qui promiſit ſe curaturum decem dari, non aliter liberatur, niſi locupletem & idoneum reum præſtet, qui pecuniam numerare poſſit. *Curare* enim ſignificat, cum effectu aliquid præſtare, & ſic rem agere, ut ſequatur effectus. Sic Cicero ſæpe in epiſtolis, *Curare pecuniam*, id eſt, præſtare & adnumerare. Facit plurimum ad confirmationem hujus ſententiæ *l. ſancimus. 26. C. de fidejuſſ.* ubi deciditur, quod qui promiſit aliquem judicio ſiſti ſub pœna, & non poteſt eum repræſentare, tenetur ſolvere pœnam, ſi intra ſemeſtre eum non ſiſtat. Itaque difficultas facti non excuſat a pœna ſeu intereſſe.

Objicitur, quod difficultas excuſat promiſſorem in obligationibus faciendi. *l. ſi vehenda. 10. §. 1. ff. de l. Rhod. de jact.* Ubi qui promiſerat ſe trajecturum ad certa loca maris, & non potuit trajicere, impeditus tempeſtate maris, excuſatur. Reſp. Aut iſte qui promiſit ſe curaturum, ut aliquid fieret, non potuit impedimentum, quod poſtea contigit, prævidere, utputa ſi natura inſolitis & inuſitatis quibuſdam tempeſtatibus impeditus, non potuit ad locum præſcriptum pervenire, & tunc excuſatur. *l. fiſtulas. 78. §. fin. ff. de contr. empt.* Aut potuit caſum ſeu impedimentum prævidere, & tunc difficultas a pœna eum non excuſat. Hanc diſtinctionem tradit & comprobat *Zaſius ad d. l. ſtipulatio iſta. 38.* in princ. *ff. de V. O.* Approbat & laudat hanc ſententiam *Fachin. lib. 3. contr. jur. c. 20.* Unde recte notat *Zaſius ad d. l. ſtipulatio iſta.* in princ. *ff. de V. O.* quod promittens ſe curaturum, ut aliquis, puta ſoror aut frater, renuntiet hereditati, rem effectui dare tenetur. Quod applicat ad talem pulchrum caſum: *Quidam nobilis dum contraheret matrimonium cum aliqua muliere, promiſit fratribus, ſe effecturum, quandocunque moreretur, quod uxor ſua renuntiet hereditati paternæ. Poſt certos annos unus ex fratribus monuit nobilem, ut curaret ſororem renuntiare. Dixit ſe curaturum, & adhibuit omnem diligentiam, multa pollicendo ut renuntiaret, ſed ipſa noluit. Alter dicebat: Tu cogeris præſtare hanc promiſſionem.* Pro qua parte conſuluit Zaſius & obtinuit. fac. *d. l. ſancimus. C. de fidejuſſ. Zaſius ad d. l. ſtipulatio 38.* in princ. *num. 21.*

Assertio XLI.

In obligationibus facti promiſſor ad factum præciſe cogitur.

PRobatur hæc ſententia variis legibus, puta per *l. fideicommiſſa.* 11. §. *fin. ff. de leg.* 3. ubi heres qui juſſus eſt opus facere reipub. præciſe ad factum compellitur, neque liberatur pecuniam dando reipub. ut ipſa opus faciat. Ratio eſt, quia intereſt creditoris, factum potius a promiſſore, quam ab alio impleri, quia magna eſt inter artifices differentia. *l. inter artifices.* 31. *ff. de ſolut.* Idem obtinet in obligationibus, quibus ad reſtituendum quis tenetur. *l. qui reſtituere.* 68. *ff. de rei vind. l.* 13. §. *heres.* 3. *ff. commod.* Probatur etiam hæc deciſio per *l. hereditatem.* 28. *ff. de donat.* ubi filia, cui pater hereditatem ſibi relictam donavit, tenetur creditoribus hereditariis ſatisfacere, & ad hoc cogitur actione præſcriptis verbis. Proinde magis cogeretur ipſa filia, ſi factum promiſiſſet, quia potentior eſt diſpoſitio ſeu proviſio hominis quam legis. *l. ult. C. de pact. convent. tam ſup. dote, quam ſup. donat. &c.*

Objicitur *l. ſi quis ab alio.* 13. §. *ult. ff. de re jud.* ubi qui ſtipulanti damni infecti nomine, promiſit ſe prohibiturum, ne quod ex ea re damnum ſtipulator patiatur aut faciat, ſi hoc non facit, tenetur tantum in id quod intereſt idemque in omnibus facti obligationibus ſervari adjicitur. *l. ſtipulationes non dividuntur.* 72. *ff. de verb. obl. l. quoties.* 81. in princ. & §. 1. *l. ſi quis ſtipulatus.* 112. §. 1. *ff. eod.* §. *fin. inſt. de V. O. l. fin. ff. de prat. ſtip.* Reſp. In illa lege debitor fuit in mora faciendi, quo caſu liberum eſt creditori agere ad id, quod ſua intereſt propter moram. Ideoque debitor qui fuit in mora faciendi, in pecuniam condemnatur. Si vero mora in faciendo non erat commiſſa, ſed res integra erat, & factum adhuc præſtari poterat, tunc debitor diſtricte ad factum compelli poterat. Ratio decidendi eſt, quia ut debitor præſtando intereſſe ab obligatione facti eximatur, hoc non in favorem debitoris moroſi, cujus mora impunita eſſe non debet. *l.* 3. §. *fin. ff. de uſur.* ſed in gratiam creditoris receptum eſt, ut ſi non interſit ſua amplius poſt moram fieri, aut factum non poſſit a debitore impleri, hoc non cedat damno creditoris. Itaque adhuc liberum erit creditori vel debitorem ad factum urgere, ſi in ejus poteſtate eſt implementum, vel poſt moram intereſſe petere, ſi hoc creditor maluerit ſibi præſtari. Quod aperte oſtendit *l. ſtipulatio.* 21. §. 4. *ff. de nov. op. nunc.* ubi dicitur, quod ſi is qui novum opus fecit, condemnatus eſt ad opus cœptum deſtruendum, eſſe in electione actoris, utrum præciſe conveniat reum ad factum, hoc eſt, ad reſtitutionem vel demolitionem operis, an vero ad intereſſe præſtandum. Idem probat *l. ſed & ha-*

ba. 35. *ult. ff. de procur.* Hæc fuit ſententia Martini veteris gloſſatoris & Cyni, accurate confirmata a *Coraſio lib.* 2. *miſc. c.* 3. & *Cujacio ad l.* 2. §. *item ſi in facto.* & *l.* 72. *ff. de V.O.* Diſſentit *Godæus ad tit. de contr. ſtip. cap.* 9. *concluſ.* 4. *num.* 30. 31. 32. & ſeqq. *Gomez. in var. reſolut. tomo* 2. *cap.* 10. *num.* 22. ubi tamen octo caſus recenſet, in quibus promiſſor in obligatione faciendi præciſe tenetur facere. Poſtremo notanda eſt in hoc articulo æquiſſima diſtinctio tradita a *Tobia Nonio, ad* §. *ult. inſtit. de V.O. num. ult.* ubi ita diſtinguit: Aut debitor non poteſt id quod promiſit facere, & tunc præſtando intereſſe liberatur, quia impoſſibilium nulla eſt obligatio. *l. impoſſibilium.* 185. *ff. de R.J.* Aut poteſt debitor facere id quod promiſit, & tunc creditor, ſi voluerit, præciſe eum ad factum cogere poterit. Si vero voluerit intereſſe petere, hoc ejus arbitrio relinquitur. per *d. l. ſtipulatio.* 21. §. 4. *ff. de nov. op. nunc.* ubi ad hoc eſt textus expreſſus, dum inquit JC. *Si res judicata ſit, ſtipulatio in id committitur, ut res vel opus factum boni viri arbitrio reſtituatur. Quod ſi ita reſtitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, ſi hoc creditor maluerit.*

ASSERTIO XLII.

Ex contractu procuratoris domino non acquiritur actio, ſine ceſſione.

TRaditur hæc aſſertio in *l. poſſeſſio.* 49. §. *ult. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* qui textus ſemper ad hoc allegatur, quod non competat actio ex contractu procuratoris domino, niſi ei cedatur: Utputa ſi procurator rem emerit ex mandato domini, & traditam acceperit, re evicta domino actio de evictione non aliter competit, quam ſi procurator ei ceſſerit actionem ex empto vel ex ſtipulatu, eumque fecerit procuratorem in rem ſuam. *l. ſi procuratorem.* 8. §. *ult. ff. mandat.* Verum omnino cogitur procurator domino actionem cedere; cogitur, inquam, actione mandati, quia id exigit mandati fides.

Objicitur *l.* 1. & 2. *C. per quas perſon. nob. acquir.* ubi dicitur, quod ex contractu mutui inito a procuratore nomine domini, acquiritur domino condictio certi ſine ceſſione; & ſi pro mutuo pignus datum ſit procuratori, acquiritur quoque domino per procuratorem actio hypothecaria ſine ceſſione. Reſp. Hoc ſingulari jure receptum eſt in pecunia credita utilitatis ratione, quemadmodum & multa alia ſingularia circa mutuam pecuniam recepta ſunt, ob crebrum & neceſſarium uſum mutui. *l. ſingularia.* 15. *ff. de reb. cred.*

Secundo adverſatur *l. quod procurator.* 68. *ff. de procur.* & *l. Julianus.* 13. §. *ſi procurator.* 25. *ff. de act. empt.* in quibus traditur,

quod domino ex contractu procuratoris etiam ſine ceſſione acquiratur actio. Reſp. Ibi ſuper rebus domini procurator contraxit, & actionem acquiſivit. Quoties autem procurator ex re domini, vel circa rem, vel ſuper re ejus contrahit, toties acquiritur domino actio ſine ceſſione, etiam invito procuratore. Unde ſi procurator vendidit rem domini, quæritur actio ex vendito domino ſine ceſſione, & de hoc eſt caſus in *d. l. Julianus. §. ſi procurator.* Similiter ſi res domini depoſita vel commodata ſit per procuratorem, pactuſve ſit procurator domino eandem rem reſtitui, dabitur ex æquitate domino utilis actio depoſiti vel commodati ſine ceſſione. *l. penult. C. ad exhib. l. Publia Mævia. 26. ff. depoſ.* Ita tradunt *Bart.* & *Caſtrenſ. in d. l. poſſeſſio. §. fin.* Illud tanquam ſingulare bene eſt notandum, quod ſi aliter dominus rem ſuam ſervare non poſſit, tunc etiam ex contractu procuratoris domino detur actio exemplo inſtitoris. *l.* 1. verſ. *ſed non idem.* in fin. & *l.* 2. *ff. de inſt. act.* ubi dicitur *debere domino qui inſtitorem præpoſuit* alicui negotiationi *dari actionem, contra eos qui cum inſtitore contraxerunt, ſi modo aliter rem ſuam ſervare non poteſt. l. in omnibus. 5. ff. de prætor. ſtipul.* cui conjungenda eſt *l. damni.* 18. *§. ult. ff. de dam. inf.* Ita notat eleganter *Cujacius* JCtorum noſtri temporis princeps & coryphæus *ad l. ſi procurator. 79. ff. de verb. obl.*

ASSERTIO XLIII.

Stipulatio ſine verbis inter præſentes prolatis contrahi non poteſt, & per epiſtolam non recte contrahitur.

AD ſubſtantiam & ſolennitatem ſtipulationis verba ſunt neceſſaria. Stipulatio enim contrahi non poteſt, niſi utroque loquente, & altero alterum exaudiente & intelligente. *l.* 1. in princ. & *§. ult. ff. de V. O.* Hinc *ſtipulatio* definitur *verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve ſe id quod interrogatus eſt, reſpondet. l. 5. §. ſtipulatio. 1. ff. eod.* id eſt, Stipulatio nihil aliud eſt, quam verborum conceptio, quæ ex interrogatione & reſponſione conſtat. Indeque eſt, quod inter abſentes ſtipulatio neque per literas, neque per nuncium contrahi poteſt. *§. item verborum. 11. inſt. de inut. ſtipul.*

Objicitur *l. ea quæ. 57. ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi utiliter per epiſtolam ſtipulatio contracta inter conjuges cenſetur. Reſp. quod inter abſentes contrahi ſtipulatio per epiſtolam non poteſt, ſed legitime inter præſentes contracta ſtipulatio, literis veluti cautionibus mandari poteſt. *l. Titia.* 134. *§. penult. ff. de verb. obl.* Itaque ſtipulatio fuit ibi prius inter præſentes contracta, ſed poſtea in epiſtolam collata eſt, ut facilius per ſcripturam probaretur. *l. Publia Mævia. 26. §. ult. ff. depoſ. Bart.* & *Zaſ. in d. l.* 1.

Secun-

Secundo objicitur *l. obligamur.* 52. §. *penult. ff. de obl. & act.* ubi dicitur, quod *etiam nudus conſenſus ſufficit ad obligationem, licet verbis explicari poſſit.* Reſp. Illic agitur de obligationibus quæ conſenſu conſtant, quæ nullam proprietatem, id eſt, verborum neceſſitatem, vel ſolennitatem deſiderant. *l.* 2. *ff. de obligation. & act.*

Tertio objicitur *l.* 1. in princ. *C. de rei uxor. act.* ubi Juſtinianus fingit interceſſiſſe ſtipulationem dotis, licet nulla verborum conceptio intervenerit. Reſp. Juſtinianus non ait ſtipulationem abſque verbis fieri in hoc caſu, ſed ſicut fingit interveniſſe ſtipulationem, ita fingit interceſſiſſe verba, ad ſtipulationem neceſſaria, quia fictio una ſine altera non poteſt conſiſtere.

Quarto adverſatur *l.* 4. §. *ult. ff. de fidejuſſ. & nomin. & hered. tutor. & curat.* ubi qui a tutore paſſus eſt ſe nominari fidejuſſorem, & nomen ſuum referri in acta publica, obligatur ex fidejuſſione, licet alias fidejuſſor non obligetur, niſi intervenerit ſtipulatio. Reſp. Lex propter utilitatem pupillorum fingit interceſſiſſe ſtipulationem, licet verborum ſolennitas non intervenerit.

ASSERTIO XLIV.

Stipulatio non valet, collata in arbitrium promiſſoris.

Stipulatio quæ confertur in arbitrium promiſſoris, hoc modo, *Dabis ſi volueris*, non valet, quia nulla neceſſitate adſtringit promittentem. *l. ſtipulatio.* 17. *l. a Titio.* 108. §. *nulla promiſſio.* 1. *ff. de V. O. l. ſub hac conditione.* 8. *ff. de obl. & act. l. in vendentis.* 13. *C. de contrah. empt.*

Sed objicitur *l. centeſimis.* 46. §. *ult. ff. de V. O.* ubi dicitur, quod valeat hæc ſtipulatio, ſi quis promiſerit ſe daturum, *cum voluerit.* Reſp. Diverſa ſunt hæc, non contraria. Nam in hac ſtipulatione, *Dabis ſi volueris*, ponitur in arbitrio debitoris, an debeat; in illa, *cum volueris*, quando debeat. Atqui quando debeat, recte confertur in arbitrium debitoris; an debeat, non item. *l.* 7. *ff. de contr. empt.* Hæc autem ſtipulatio, *cum volueris, dabis*; effectum habet, ſi promiſſor vivus dixerit ſe velle dare, etiamſi eo non dato deceſſerit. *d. l. centeſimis.* 46. §. *ult.* Quod ſi, antequam conſtituerit ſe velle, promiſſor deceſſerit, heres ejus non tenetur dare: quia voluntas ad heredem non tranſit, ſed cum ipſo promiſſore interit & extinguitur. *l.* 4. *ff. locat.* ubi dicitur, quod voluntas hominis morte finitur, & ut dicitur in §. *deinceps. nov.* 22. mors omnia ſolvit.

Verum huic ſententiæ iterum adverſatur *l.* 11. §. *ſic fideicommiſſum.* 5. *ff. de leg.* 3. ubi dicitur, quod ſi legatum relictum ſit ſub ea conditione, *cum heres voluerit*, ſi ante mortem non declaraverit heres voluntatem ſuam, tunc ab herede heredis legatum debetur. Idem traditur in *l. uxorem.* 41. §. *penult. ff. de leg.* 3. ubi dicitur, ſi heres re-

 ſtitue-

ſtituere ſit rogatus hereditatem, *cum volet*, ſi non reſtituit hereditatem in vita, tunc heres ejus poſt mortem reſtituere hereditatem cogatur. Reſp. Differunt hac in re ultimæ voluntates a contractibus. Nam legatum relictum ſub ea conditione, *cum voluerit heres*, debetur, licet heres ante mortem ſuam non declaraverit voluntatem ſuam, velit nec ne. Sed in contractibus, quod promiſſum eſt ſub hac conditione, *cum quis voluerit*, non debetur mortuo promiſſore, antequam conſtituat ſe velle. Ratio diverſitatis eſt, quia latior ſit interpretatio ultimæ voluntatis teſtatoris, quam contrahentium, ne ultima judicia defunctorum reddantur eluſoria. *l. in teſtamentis.* 12. *ff. de reg. jur.* In contractibus vero præſertim ſtricti juris, ſtricte proceditur. *l. quicquid adſtringendæ.* 99. *ff. de verb. obl.* Ita recte poſt *Bartolum in d. l. centeſimis.* §. *ult.* tradit *Joan. Robertus*, *lib.* 2. *ſentent. c.* 12. A quo diſſentit *Cujac. in d. l.* 17. *ff. de V.O.* Roberti ordinarius antagoniſta.

Tertio pugnat cum hac deciſione, quod valet emtio, quæ confertur in arbitrium debitoris, hoc modo: *Si Stichus tibi intra certum tempus placuerit, eſto tibi emtus aureis tot.* §. *penult. inſt. de empt. & vend.* Reſp. Ideo valet hæc emtio, quia non pure & abſolute in arbitrium debitoris ſeu emtoris, ſed ſub conditione, ſi videlicet emtor intra certum tempus conſenſum ſuum declaraverit, Ideoque propter adjectionem certi temporis valida eſt emtio, quia non habet perpetuam cauſam nullitatis. Poſtremo notandum, quod hæc aſſertio non procedat favore dotis. Nam ſi aliquis promiſit dare dotem pro arbitrio ſuo, tenetur ad dotem dandam pro arbitrio boni viri. *l. ſi cum ea.* 3. *C. de dot. promiſſ.*

Quarto objicitur *l. in perſonam.* 22. §. *generaliter.* 1. *ff. de R. J.* ubi dicitur: *ubicunque in bona fidei judiciis committitur conditio in arbitrium domini vel procuratoris, pro boni viri arbitrio hoc eſſe accipiendum.* Reſp. Hoc intelligendum eſt, ſi accidentalia contractus conferantur in arbitrium contrahentium, quod fieri poteſt, & tunc viri boni arbitrium comprehenſum eſſe cenſetur. *l. hac venditio.* 7. *ff. de contr. empt.* ſubſtantialia autem contractus non poſſunt conferri in arbitrium contrahentium.

ASSERTIO XLV.

Inutilis ſtipulatio vim pacti non habet.

INutilis ſtipulatio neque pacti neque conſtitutæ pecuniæ vim habet. Unde ſi quis ſtipulanti annuat, ne quidem naturaliter obligatur quaſi ex pacto & conſenſu. *l.* 1. §. *ſi quis ita.* 2. *ff. de V.O.* Utriuſque eadem eſt ratio, quia cum annuens voluerit ſtipulationem contrahere, non animo conſtituendi aut paciſcendi, ſed promittendi annuiſſe videtur, ſed ſtipulatio ſine verbis, hoc eſt, ſine

ſine interrogatione & reſponſione congrua contrahi non poteſt. *d. l.* 1. in princ.

Obſtat vulgata juris regula, quæ habet: *Si non valet, quod ago, ut ago, valeat ſaltem, ut valere poteſt. l. ſi tam anguſti.* 13. *ff. de ſervit.* Itaque cum in annuente ſit conſenſus, etiam is qui interroganti annuit, ex pacto obligatur. Reſp. Lex hic præſumit deeſſe conſenſum, quia conſtat contrahentes habuiſſe animum ſtipulandi: quemadmodum in ſimili reſpondit *Ulpianus in l.* 1. *ff. de jur. codicill.* ejus codicillos non valere, qui cum teſtamentum facere opinatus eſt, codicillos fecit.

Secundo objicitur *l. an inutilis.* 8. *ff. de accept.* & *l. ſi unus.* 27. §. *penult. ff. de pact.* ubi dicitur inutilem acceptilationem habere in ſe utile pactum, & conſequenter naturalem liberationem, niſi contra ſenſum eſt, id eſt, niſi accepto latum eſt ſine paciſcendi animo. Ergo præſumi volunt illæ leges animum paciſcendi, niſi contrarium probetur. Igitur & in inutili ſtipulatione præſumetur animus paciſcendi, & conſequenter naturalis obligatio. Reſp. Aliud obtinet in acceptilatione, quam ſtipulatione. Inutili acceptilationi ineſt pactum liberatorium, ſed inutili ſtipulationi non ineſt pactum obligatorium. Ratio differentiæ eſt, quia proniora ſunt jura ad liberandum, quam ad obligandum. *l. Arrianus.* 47. *ff. de obl. & act.* Itaque facilius præſumit lex pactum liberatorium ineſſe acceptilationi, quam pactum obligatorium ineſſe inutili ſtipulationi. Ita tradunt *Alciatus, Duarenus, Baro, Ferrettus,* & *Cujacius ad d. l.* 1. §. *ſi quis ita. ff. de verb. oblig.*

ASSERTIO XLVI.

Notarii, aliis ſtipulari, iiſque actionem acquirere non poſſunt, contra communem DD. opinionem.

COmmunis eſt DD. ſententia, quod notarii publici ſtipulando civibus quibuſlibet abſentibus & præſentibus, obligationem acquirere poſſunt. Ita notat *Guido Pap. deciſ.* 49. & 222. ubi hanc ſententiam in Concilio Gratianopolitano comprobatam fuiſſe refert. Quæ quidem DD. opinio paſſim conſuetudine obſervatur, ſed tamen jure & legibus defendi non poteſt.

Confirmant autem DD. ſuam opinionem hoc argumento, quod ſervi publici aliis jure poſſunt ſtipulari, iiſque ſtipulando actionem acquirere, ut patet ex *l.* 2. & 3. *ff. rem pup. vel adoleſc. ſalv. fore. l.* 1. §. *exigere.* 15. *ff. de magiſtr. conv. l. non aliter.* 18. *ff. de adopt.* Atqui notarii ſeu tabelliones noſtri temporis comparantur ſervis publicis. Ergo & aliis poſſunt ſtipulando acquirere. Reſp. ad propoſitionem, quod hoc in pupillorum cauſa tantum ſpecialiter receptum eſt, ut ſervus publicus adhibeatur ad ſtipulandum pupillo,

 idque

idque in duobus tantum caſibus. Primo cum magiſtratus pupilli nomine ſatiſdationem exigere cogitur a tutore, rem pupilli ſalvam fore. *d. l.* 2. & *d. l.* 1. §. *exigere.* Secundo cum pupillus adrogatur: tunc enim & ſervus publicus ſtipulatur nomine pupilli ab adrogatore, ſe bona reſtituturum illis, ad quos pertinerent, ſi adrogatio facta non eſſet. *d. l. non aliter.* Præterea falſum eſt, quod in aſſumtione ponitur, quod notarii ſervis publicis comparantur, quia moribus noſtris tabularios liberos eſſe conſtat: imo non alii ad hoc munus ex conſtitutionibus admittuntur, quam liberi homines. *l.* 3. *C. de tabular.* Denique officium notariorum eſt, ut res geſtas a contrahentibus literis & inſtrumentis mandent, non vero ut aliis contrahant, iiſque actionem acquirant. Hæc egregie contra communem DD. opinionem diſputat & defendit *Donell. ad l.* 38. §. *alteri. ff. de V. O. num.* 31. 32. & 33. Illa porro concors eſt DD. ſententia, quod piis locis xenodochiis, eccleſiis, orphanotrophiis, & pauperibus quilibet poſſit ſtipulari, etiam verbis directis, & ipſis etiam abſentibus. *Bald. in l. illud. C. de SS. eccl.* 1. *colum, Jaſon in d.* §. *alteri.* verſ. *Sexto limita.* Eaque ſententia nititur & fundatur juſta ratione; nam favore dotis tanquam piæ cauſæ receptum eſt, ut quis ſtipulari poſſit dotem reddi extraneo. *l. Gajus.* 45. *ff. ſol. matr.* Ergo multo magis debet hoc admitti in pauperibus, & aliis piis locis, quæ plus habent favoris. *Zaſ. ad d.* §. *alteri. num.* 23.

ASSERTIO XLVII.

Promiſſio tam in dando, quam faciendo conſiſtens, tranſit ad heredes.

QUando quis promiſit ſe aliquid daturum vel facturum, tunc actio ex ſtipulatu non ſolum datur contra promiſſorem, ſed etiam tranſit ad ejus heredes. *l.* 2. §. 1. & *l. in executione.* 85. §. 1. *ff. de V. O.* Atque hæc in ſtipulationibus dandi ſine omni dubitatione procedunt. Sed illud dubitationem habet, an promiſſio in faciendo conſiſtens ad heredes promittentis tranſeat. Et *Juſtinianus in l. ult. C. de contr. ſtip.* conſtituit, ut ſtipulationes faciendi etiam ad heredes promiſſoris tranſeant. Utputa *ſi quis promittit ſe inſulam, cum morietur, ædificaturum*: hoc enim factum ab herede promiſſoris impleri debet.

Objicitur *l. centeſimis.* 46. §. 1. *ff. de V. O.* ubi dicitur, id quod in facto conſiſtit, inutiliter in tempus mortis conferri; veluti *ſi quis promittit ſe Alexandriam iturum, cum morietur.* Diſtinguendum. Aut factum tale promittitur, quod opus aliquod poſt ſe relinquit, puta *ſi quis promittat ſe domum ædificaturum*; hæc promiſſio ab herede promiſſoris impleri debet. *d. l. ult.* Hæc enim promiſ-

miſſio opus aliquod poſt ſe relinquit; quamobrem quis faciat, nihil intereſt, dummodo opus fiat. *l. unica.* §. *ne autem.* 9. *C. de caduc. toll.* Aut factum tale eſt, quod nullum opus poſt ſe relinquit, & hoc ab herede nequit expleri. Veluti *ſi quis promittat, ſe Alexandriam iturum. d.* §. *ne autem.* Unde & talis facti ſtipulatio poſt mortem promiſſoris non recte confertur. *d. l.* 46. §. 1. *Cujac. ad l.* 45. *ff. de V. O.*

ASSERTIO XLVIII.

Stipulatio conditionalis eſt, Si petiero, decem dabis?

HÆC ſtipulatio, *Decem cum petiero dabis?* admonitionem magis quam conditionem ſignificat, ut promiſſor ea decem ſolvat ſine mora. Ideoque ſi ſtipulator deceſſerit, antequam decem petat, ad heredes petitio tranſmittitur. *l. ſi decem.* 48. *ff. de V. O.* Similiter legatum ita relictum, *cum legatarius petierit*, conditionem nullam, ſed admonitionem tantum continet. *l. Titia.* 85. *ff. de cond. & dem.* Quod ſi hæc verba, *cum petiero*, haberent conditionem, tunc ſtipulatore mortuo, priuſquam peteret decem, heredibus ejus nihil deberetur, ac ſi conditio juncta perſonæ defeciſſet. Nam conditiones quæ continent factum, cohærens perſonæ, ut ſunt *petere, velle, ire, venire*, ad heredes non tranſeunt. *l.* 3. §. *fin. ff. quib. mod. uſusfr. vel uſus amitt.* Itaque ſi defunctus talia facta non implevit, ab herede ejus perfici non poſſunt. *l. qui heredi.* 44. *l. ſi ita expreſſum.* 69. *ff. de cond. & dem. l. ſi ita legatum.* 65. §. 1. *ff. de leg.* 1.

Aliud dicendum eſt in iſta ſtipulatione, *Decem ſi petiero, dare ſpondes?* Hanc enim conditionalem eſſe ſtipulationem recte notant *Accurſ. Bart. Caſtr. Alex. Donell.* & alii *in d. l. ſi decem.* fruſtra repugnante Gujacio ibidem. Iſta enim verba, *ſi petiero*, proprie & principaliter conditionem deſignant. *l. ſi Titius.* 9. *ff. de verb. obl.*

Sed objicitur, quod tam particula *ſi*, quam *cum*, reddant actum conditionalem. per *l.* 38. §. *inter incertam.* 16. *ff. de V. O.* & *l. qui promiſit.* 48. *ff. de cond. indeb.* Ergo utraque ſtipulatio, *cum petiero*, & *ſi petiero*, conditionalis eſt. Reſp. Hoc verum eſt in conditionibus, quæ extra naturam actus aſſumuntur. Sic perinde eſt, ſive quis promittat, *ſi Titius*, vel *cum Titius conſul factus fuerit;* vel *ſi venero*, aut *cum venero ad talem locum.* Aliud vero dicendum eſt in conditionibus, quæ ex natura actus tacite inſunt. In illis enim particula *cum*, ut *cum petiero*, non importat conditionem. Unde ſtipulatore mortuo antequam petat, tamen heredes petere poſſunt. Si vero dicas, *ſi petiero*, conditionalis fit ſtipulatio. Ideoque conditione non impleta a ſtipulatore,

 nihil

nihil debetur ejus heredibus, quia facultas implendi conditionem poteſtativam non tranſit ad heredes. textus in *l. a teſtatore.* 109. *ff. de cond. & dem. l. centeſimis.* 46. §. *fin. ff. de V. O. Caſtrenſ.* & *Zaſ. in d. l. ſi decem.*

Secundo objicitur, quod *Ulpianus* ait *in l. muto.* 6. §. *ſub conditione.* 1. *ff. de tutel. hanc tutoris dationem, Te tutorem do, ſi ſatisdederis, non conditionem, ſed admonitionem habere.* Reſp. Quod in omnibus actibus verba ita interpretanda ſunt, ut actus potius valeat quam pereat. arg. *l. quoties.* 80. *ff. de V. O.* Cum autem a magiſtratu tutor conditionaliter dari non poſſit. *d.* §. *ſub conditione. l. actus legitimi.* 77. *ff. de R. J.* hæc verba, *ſi ſatisdederit*, non ut conditionalia, ſed ut admonitoria accipi debent, ut tutoris datio valeat.

Assertio XLIX.

Ex pura obligatione confeſtim debitum peti poteſt.

HÆc definitio, quod ex pura obligatione quæ diem ad ſolvendum non habet, confeſtim agi poſſit, expreſſe traditur in §. *omnes.* 2. *inſt. de V. O.* & *l. eum qui kalendis.* 41. §. 1. *l. eum qui.* 56. §. *qui ita ſtipulatur.* 5. *ff. eod.*

Tria juris loca huic deciſioni adverſantur. Primo repugnat. §. *ult. inſt. de inut. ſtip.* ubi dicitur, fundo aut ſervo pure promiſſo, tantum temporis promiſſori concedendum eſſe, quo rem promiſſam commode tradere poſſit. Reſp. Ideo ibi tacite tempus conceditur debitori ad tradendum fundum, quia tacite ex natura ſtipulationis ineſt tempus aliquod, intra quod promiſſor fundum tradat. Nam cum fundus tradi debeat in eo loco ubi ſitus eſt, tacite cenſetur ineſſe tantum temporis, quo ad locum commode pervenire poſſit, in quo fundus qui tradi debet, ſitus eſt.

Secundo in contrarium adfertur *l. quod dicimus.* 105. *ff. de ſolut.* ubi dicitur, quod debitor pure obligatus non ſtatim cogendus ſit ſolvere, ſed moderatum aliquod tempus illi dandum eſt ad ſolvendum. Reſp. Statim quidem & confeſtim reus ex puro debito conveniri poteſt, quia obligatio & actio ex contractu perfecto ſtatim nata eſt; ſed tamen humanitatis cauſa breve aliquod ſpacium & laxamentum debitori datur ad ſolvendum. *l. ſi debitori.* 21. *ff. de judic.* quia creditor non debet ſtatim venire cum ſacco paratus. Hoc autem tempus quidam duorum menſium ex *l. debitoribus.* 31. *ff. de re jud.* quidam tantum decem dierum eſſe putant, ex *l. promiſſor.* 21. §. 1. *ff. de conſt. pec.* Sed tempus illud judicis arbitrio relinqui, ut ille pro modo qualitatis perſonarum & quantitatis pecuniarum hoc ſtatuat, rectiſſime docuit *Menoch. de arbitr. jud. lib.* 2. *cent.* 1. *caſu* 27. Quam ſententiam probat textus elegans in

in *l. in fraudem.* 45. §. *fiſcalibus.* 10. *ff. de jure fiſci.* Quæ ſententia probatur & hac ratione, quod quoties tempus aliquod a lege indulgetur, nec illud in lege determinatur, tunc hoc relinquitur arbitrio judicis. *l.* 1. *ff. de jur. delib.* Sed ei qui pure obligatus eſt, conceditur a lege tempus indeterminatum. *d. l. quod decimus.* Ergo judicis arbitrio hoc tempus definiri & determinari debet.

Tertio objicitur *d. l. promiſſor.* 21. §. 1. *ff. de conſt. pecun.* ubi dicitur, quod ſi quis conſtituit ſine die ſe ſoluturum, quod decem dies habeat ad ſolvendum. Reſp. In omni conſtituto tacite ineſt dies ex edicto prætoris. Nam verba edicti prætoris ita habent: *Si appareat, eum qui conſtituit, neque ſolvere, neque feciſſe quod conſtituium eſt, actionem de conſtituta pecunia dabo. l. ſi duo.* 16. §. *ait prator.* 2. *ff. de conſtit. pecun.* Jam autem conſtare non poteſt, conſtituentem neque ſolviſſe, neque feciſſe, niſi tempus aliquod prætereat, ex quo appareat debitorem non feciſſe quod conſtituit. Intelligitur ergo ex verbis edicti, modicum tempus ineſſe conſtituto, poſt quod exactio celebretur, quaſi appareat, poſt hoc tempus non feciſſe debitorem quod conſtitutum eſt. Id autem non eſt minus quam decem dierum. *Cujac.* & *Donell. ad l.* 41. *ff. de V. O.*

ASSERTIO L.

Conditionalis creditor etiam creditoris loco habetur.

EVidenter hæc deciſio probatur in *l. creditores.* 10. & *l. conditionales.* 54. *ff. de V. S.* ubi dicitur, *creditores eſſe accipiendos, quibus pure, in diem, vel ſub conditione debetur.*

Sed in hoc articulo occurrit antinomia inter *l.* 6. & *l. penult. ff. ex quib. cauſ. in poſſ. eat.* Nam in *l.* 6. affirmatur eum cui ſub conditione pecunia promiſſa eſt, mitti poſſe in poſſeſſionem bonorum debitoris. Contra in *l. penult.* §. *creditor autem.* 2. *eod. tit.* aſſeritur, quod *creditor conditionalis in poſſeſſionem non mittitur, quia is mittitur, qui ex edicto poteſt bona vendere.* Reſp. Diſtinguendum eſt, utrum ex primo an ex ſecundo decreto in poſſeſſionem eatur. Ex primo decreto omnes omnino creditores etiam conditionales, debitorum bona poſſidere poſſunt. *d. l.* 6. *l. ſi filiofam.* 11. *eod. tit.* Nam ex hoc decreto nuda tantum detentio & cuſtodia bonorum conceditur, & intereſt creditorum conditionalium, caveri ſibi de debito exiſtente conditione ſolvendo. Unde & cautionem de pecunia in eventum conditionis ſolvenda impetrare poſſunt. *l.* 4. *ff. de ſeparat.* Ex poſteriori decreto creditores conditionales non mittuntur in poſſeſſionem, quia illi ſolum mittuntur ex ſecundo decreto, qui bona vendere poſſunt. *d. l. penult.*

Secundo adverſatur *l. is cui.* 42. *ff. de O. & A.* ubi dicitur, quod is cui

is cui legatum eſt ſub conditione, ante exiſtentem conditionem creditor non cenſetur. Reſp. Quod dicitur conditionalem creditorem loco creditoris cenſeri, hoc verum eſt de eo cui debetur ſub conditione ex contractu, non de legatario conditionali. Nam legatarius conditionalis non habetur pro creditore. Ratio eſt, quia in ſtipulationibus aliiſque contractibus ſpectatur tempus contractus, ideoque etſi ſint conditionales, tamen aſſumunt vires a tempore contractus. *l. ſi filiusfam. 78. ff. de V.O. l. uſusfructus. 26. ff. de ſtip. ſerv.* In legatis vero tantum ſpectatur tempus extantis conditionis. Unde hæc exiſtit differentia inter legata conditionalia & ſtipulationes conditionales, quod ſtipulatio conditionalis per ſe ſtatim conſiſtit, & ab initio contractus ſubſtantiam accipit, & ob id in heredem tranſmittitur, etiamſi ſtipulator vel promiſſor moriatur ante eventum conditionis. §. *ſub conditione. 4. inſt. de V.O.* Legata vero conditionalia a tempore exiſtentis conditionis demum vires & ſubſtantiam capiunt. Ideoque legatum conditionale non tranſmittitur in heredem legatarii, mortuo ante exiſtentem conditionem legatario, quia ante eventum conditionis nullas habet vires. *l. unic. §. ſin autem aliquid. 7. C. de caduc. toll.*

ASSERTIO LI.

Duo rei debendi tenentur in ſolidum, etiam novo jure authenticorum.

QUando duo vel plures rei promittendi conſtitui ſunt, hujus obligationis hic eſt effectus, ut ſinguli ſolidum debeant, & ſeorſum a ſingulis ſolidum peti & exigi poſſit, etiamſi omnes præſentes & idonei ſint. Ea enim eſt vis & poteſtas obligationis duorum reorum debendi. *l. 3. §. ult. l. eandem. 9. §. ult. ff. de duob. reis conſtituendis.* Verum communiter DD. tradunt, hunc effectum obligationis duorum reorum promittendi hodie mutatam eſſe per novellas conſtitutiones, ſcilicet *auth. hoc ita. C. de duob. reis ſtipulandi & promittendi.* & *nov. 99.* in quibus deciditur, quod hodie duo correi debendi pro virilibus portionibus tantum conveniri debeant, non in ſolidum, niſi alter aut abſens ſit tempore judicii accepti, aut inops, aut renuntiatum ſit beneficio novæ conſtitutionis. Ita communiter intelligunt DD. *d. auth. Ferrar. Cantiuncula, Baro, Linius,* & *Minſ. ad tit. inſt. de duob. reis ſtipulandi & promittendi.*

Verum ab hac ſententia recedunt Accurſ. & Cujac. qui putant idem hodie obtinere, quod olim, & plures reos debendi etiam hodie in ſolidum conveniri poſſe ſtatuunt. Quorum ſententia verior eſt, & juri magis conſona. Non enim *novel. 99.* abrogat, quod duo rei in ſolidum exigi & conveniri poſſint; nam *d. nov.* tractat tantum de reis, qui vice mutua fidejuſſerunt. Ita inſcriptio novel-

læ

læ περὶ ἀλληλεγγύων, id eſt, de duobus reis, qui vice mutua fidejuſſores accepti ſunt. Sententia ejus novellæ hæc eſt. Duo rei promittendi conſtituti ſunt, ita ut ſinguli in ſolidum tenerentur, ac adjectum eſt, ut vice mutua fidejuſſores exiſterent, ſeu ut alter pro altero fidejuberet (non videntur autem vice mutua fidejuſſiſſe, niſi id nominatim actum ſit. *l. reos.* 11. *ff. de duob. reis conſtituendis.*) Hoc caſu Juſtinianus conſtituit, ut, ſi omnes ſint ſolvendo, & præſentes tempore judicii accepti, ſeu litis conteſtatæ, habeant beneficium diviſionis, hoc eſt, ut quilibet obligetur pro portione virili, non in ſolidum. Ergo ſi ſimpliciter ſine fidejuſſione mutua duo rei debendi conſtituti ſunt, quilibet in ſolidum conveniri poteſt; nec reus conventus beneficium diviſionis allegare poteſt, quod beneficium non datur reis ſeu principalibus debitoribus, ſed fidejuſſoribus. Beneficium diviſionis, quod Hadrianus dederat mandatoribus & confidejuſſoribus, idem Juſtinianus reis conſtitutæ pecuniæ indulget. *l. ult. C. de conſt. pec.* Nunc in ea novella idem concedit reis promittendi qui vice mutua fidejubent; non vero reis debendi, qui ſimpliciter & abſolute ſine adjectione mutuæ fidejuſſionis ſunt conſtituti. Ita *Cujac.* explicat hæc in notis *ad inſt. ad tit. de duob. reis.* & *nov.* 99. Approbat *Coſtal. ad l. vir uxori.* 17. *ff. ad SC. Vell.*

ASSERTIO LII.

Uno ex duobus correis debendi pro parte convento, vel ſolvente, idem pro alia parte nihilominus conveniri poteſt.

SI pars debiti ab uno ex correis debendi petita & ſoluta ſit, nihilominus ab eodem reſidua pars debiti peti & exigi poteſt. Neque enim petitio aut receptio partis debiti, in duobus correis debendi præjudicat creditori, quin alteram partem ab eodem vel alterutro petat aut recipiat. textus eſt in *l. ſi ex toto.* 8. §. 1. verſ. *quid ergo. ff. de leg.* 1. ubi hoc de duobus heredibus ejuſdem pecuniæ reis, ex quibus unus partem ſolvit legatario, diſerte ſcriptum extat. Quod eodem modo in aliis quoque correis, qui ex contractu quid debent, obtinet, cum eadem utrobique militet ratio. *l. reos.* 23. *C. de fidejuſſ.* Idem quoque in pluribus fidejuſſoribus deciſum eſt, ut ſi ab uno ex eis pars ſit petita & accepta, propterea non cenſeatur diviſa obligatio, ſed poſſit nihilominus ab eodem pars altera peti, ſi confidejuſſor non ſit ſolvendo. *l. inter eos.* 51. §. 1. *ff. de fidejuſſ.*

Huic tamen aſſertioni valde adverſatur. *l. ſi creditores.* 18. *C. de pact.* ubi unus ex pluribus reis debendi partem ſolvens pro ſua perſona, non poterit pro altera parte conveniri. Reſp. Ibi admiſit

ſit creditor unum ex correis pro parte ſua ſolventem, id eſt, accepit partem ea mente, ne quid ab eo præterea peteret: hoc enim ſignificat *admittere pro parte.* arg. *l. ſi ſtipulatus.* 15. *§. ult. ff. de fidejuſſ.* Regulariter ergo uno ex duobus reis debendi ſolvente pro parte, poteſt creditor ad eundem reverti pro altera parte, niſi creditor eo animo accepit, ne quicquam poſtea peteret. Quod tunc videtur feciſſe, ſi dixit: *Peto a te quinque, pro parte quæ te contingit.* Vel ſi unus reorum debendi ſolvit ſponte partem, & dixit: *Solvo pro parte mea.* tunc enim creditori alteram partem ab eo poſtea petenti obſtabit exceptio pacti. *d. l. creditores. Caſtrenſ. ad d. l. ſi toto.* 8. §. 1.

Secundo objicitur *l. liberum.* 16. *C. de fidejuſſ.* ubi dicitur, quod ſi creditor egit contra plures fidejuſſores vel correos debendi pro parte, & unus non ſit ſolvendo, non habet regreſſum contra alios. Reſp. Ibi creditor omnes correos vel fidejuſſores ſimul convenit, quemlibet videlicet pro parte, quo caſu cenſetur actionem diviſiſſe. Ideoque ſi forte unus ex iis non ſit ſolvendo, non poterit alterum pro ea parte convenire, quia ſemel actionem diviſit. ſed in *d. l.* 8. §. 1. item in *d. l. reos.* unum tantum reum vel fidejuſſorem convenit pro parte, unde non cenſetur actionem diviſiſſe. *Caſtr. d. loco.*

ASSERTIO LIII.

Fidejuſſor qui in majorem ſummam fidejuſſit, ſaltem in eam quam principalis debet, tenetur.

Vetus & ardua quæſtio eſt, an quoties plus eſt in fidejuſſoria obligatione, quam principali, in totum corruat fidejuſſio, an vero valeat ad ſummam uſque concurrentem. Verbi gratia, ſi reus quinque debeat, & fidejuſſor ſit acceptus in decem, an in quinque obligetur. Et communis eſt DD. ſententia, quod in totum ſit inutilis fidejuſſio. Quæ tamen opinio erronea eſt & falſa, cum in eam ſummam quam principalis debet, fidejuſſor utique conſenſerit, quia in majori ſumma ineſt minor. *l. inter ſtipulantem.* 83. *§. diverſa cauſa.* 3. *l. ſi ita.* 109. *ff. de verb. obl.* ubi dicitur, quod *in ſtipulationibus ſummarum vel quantitatum, ſemper id quod minus eſt, ſponderi videtur.* Unde & in ſtipulationibus, qui decem interrogatus, viginti promittit, in decem tamen obligatur. *l.* 1. *§. ſi ſtipulanti.* 4. *ff. de verb. obl.* ubi *Duaren.* Probant etiam hanc ſententiam *Alciat. lib.* 5. *parerg. c.* 17. *Guilhelmus Forner. lib.* 3. *ſelection. c.* 17. *Azo in ſumma C. de fidejuſſ. num.* 7. *Cynus* & *Albericus in l. ult. C. de fidejuſſ. Decius*, & ad eum *Carolus Molin. in l. in eo quod plus. ff. de reg. jur. num.* 13.

Sed objicitur *l. Græce.* 8. *§. illud.* 7. *ff. de fidejuſſ.* & *§. fidejuſſores.* 5. *Inſt. eod.* ubi dicitur, quod fidejuſſor non poſſit obligari in duriorem

rem cauſam, quam principalis. Reſp. quod illarum legum hæc eſt ſententia, ne fidejuſſor teneatur in id, quo excedit ſua obligatio principalis debitoris obligationem. Nec quicquam obſtat *d. §. illud.* cum ejus textus verba ita legenda ſunt, *placuit eos non omnino obligari:* non enim omnino & in totam ſummam, in quam fidejuſſit, nos fidejuſſorem obligatum dicimus, ſed eo fine & modo tantum, quo principalis obſtringitur. Senſus itaque iſtorum verborum eſt, quod fidejuſſor in duriorem cauſam acceptus, obligatur quidem, ſed non in majorem ſummam, quam debitor principalis. *Gilbert. Regius. lib.* 2. ἐναντιοφανῶν. *c.* 20. Eandem ſententiam luculenter comprobant *l. hactenus.* 11. *in fin. ff. de conſt. pecun.* & *l. rogatus.* 33. *ff. mandat. l. ſi ultra.* 22. *C. de fidejuſſ.* Approbat & defendit hanc opinionem quoque *Petrus de Bella Pert. in d. §. illud.* ubi pulchre notat, quando illud quod eſt in fidejuſſoria obligatione, reperitur quoque in principali, tunc fidejuſſor obligatur. Ut ſi fidejuſſor ſe obliget in viginti, cum principalis debitor ad decem tantum eſſet obligatus, tenebitur fidejuſſor in decem, quia in viginti inſunt decem. arg. *l.* 1. *§. ſi ſtipulanti.* 4. *ff. d. V. O.* Illud poſtremo notandum eſt, quod ſi quis ſcienter fidejubeat in majori ſumma, quam debitor principalis ſit obſtrictus, donare videtur, & in ſolidum tenetur. per *l. Campanus.* 47. *ff. de op. libert.* ut notat *Petr. Jacob. in pract. in form. libel. ff. de conſt. pecun.* Diſſentit *Fachin. lib.* 8. *controv. jur. c.* 51. ubi ſecutus *Connanum libro* 6. *comment. c.* 9. tradit fidejuſſorem, qui in majorem ſummam ſe obligavit, quam quæ a reo ſeu debitore principali debetur, in totum non teneri.

ASSERTIO LIV.

Fidejuſſoris obligatio non augetur ex mora rei, ut ad uſuras, pœnam, aliaſque acceſſiones teneatur.

IN hac difficili & perplexa quæſtione, qua diſceptatur, an fidejuſſor ex mora rei, teneatur ad uſuras, pœnam, aliaſque acceſſiones, probabilior & verior ſententia tali diſtinctione explicatur. Aut fidejuſſor ſimpliciter conſtitutus eſt, & tunc ad ſortem tantum obligatur; ad uſuras vero aliaſque acceſſiones, quæ ex mora rei accedunt, non tenetur. Probatur hæc deciſio per *l. fidejuſſor.* 10. *C. de fidejuſſ.* ubi dicitur, quod ad hoc, ut fidejuſſor teneatur ad uſuras, requiritur, ut nominatim in uſuras accipiatur; alioqui ſimpliciter acceptus, obligatur duntaxat ad ſortem. Confirmatur & hoc per *l. ult. ff. de fidejuſſ.* ubi ad pœnam in quam propter ſuam moram vel culpam debitor incidit, fidejuſſor non tenetur. Ratio eſt, quia cum effectus contractus ſemper ſe referat ad tempus contractæ obligationis. *l. Rutilia.* 69. *ff. de contr. empt.* non videtur fidejuſſor ſimpliciter intercedens, in aliud ſe obligare, quam inter-

ceſ-

ceſſionis tempore debebatur. *l. per retentionem.* 4. & *l. pignoribus.* 22. *C. de uſur.* Aut fidejuſſor obligavit ſe in omnem cauſam actionis, vel in omne id, quod ex natura contractus debetur: & hic tenebitur in id quod intereſt, & in uſuras ex mora rei debitas. Hæc enim verba fidejuſſionis palam oſtendunt fidejuſſoris mentem hanc fuiſſe, ut ad acceſſoria quoque ſe obligaret. textus rotundus in *l. quæro.* 54. *ff. locat. conduct.* & *l. initio.* 5. *C. de pact. inter empt. & vend. compoſit.*

Objicitur *l. ſi poſteaquam.* 10. *ff. rem pup. ſalv. fore.* ubi fidejuſſor qui pro tutore rem pupilli ſalvam fore cavit, tenetur in uſuras & fructus ex mora tutoris debitos. Reſp. Hoc ſpeciali favore pupillorum indultum eſt contra fidejuſſores tutorum, ut ad omnes acceſſiones teneantur ex mora rei. *l.* 3. & 5. *ff. de fidejuſſ. & nominat. & hered. tut. & curat.* quemadmodum & alia multa ſingularia in gratiam pupillorum a legiſlatoribus ſunt conſtituta. *Coraſ. lib.* 2. *miſc. c.* 12.

Secundo opponitur *l.* 2. §. *penult. ff. de adm. rer. ad civit. pert.* cui conjungenda eſt *l. fidejuſſores.* 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* Ubi qui fidejuſſit pro conductore publicorum vectigalium, & ſimpliciter acceptus eſt, etiam jure in uſuras convenitur, niſi fidejuſſerit in certam ſummam, puta in centum aureos tantum. Dicendum eſt, illud jus ſingulare eſſe conductorum publicorum vectigalium, ut fidejuſſores conductorum vectigalium in omnem cauſam teneantur. Nam & in conductione vectigalium multa ſpecialia ſunt recepta, ut ſcilicet filiifam. non admittantur ad eam conductionem. *l.* 3. §. 1. *ff. de SC. Maced.* ubi lex ait, eum videri patremfam. qui vectigalia conducta habet.

Tertio objicitur *l. ſi quis pro eo.* 56. §. *ſi nummos.* 2. *ff. de fidejuſſ.* ubi fidejuſſor qui pro eo intervenit, qui alienos nummos mutuo accepit, obligatur, ſi nummi conſumti ſint: & additur ratio, quia in omnem cauſam fidejuſſiſſe cenſetur, quæ ex numeratione naſci poteſt. Reſp. Ibi non augetur fidejuſſoris obligatio ex mora debitoris, ut fidejuſſor in aliud præter ſortem teneatur, ſed invalida obligatio roboratur reſpectu principalis debiti. Mutuum namque rei alienæ per conſumtionem reconciliatur, ſed non in alio quam in ſorte ſeu principali debito. *l. nam etſi.* 13. *l. non omnis.* 19. §. *ult. ff. de reb. cred.*

Quarto opponitur *l. quæro.* 54. *ff. de locati conducti.* ubi fidejuſſor, qui pro conductore ſimpliciter fidejuſſit, tenetur etiam ad uſuras penſionum ſua die non ſolutarum. Idque ea ratione deciſum eſt, quia oportuit eum adhibere diligentiam, ne differretur ſolutio penſionum. Reſp. Ibi fidejuſſor non ſimpliciter interceſſit, ſed in omnem cauſam fidejuſſionis ſe adſtrinxit. hic tenetur ad uſuras, & fructus, & omnem cauſam quæ ex obligatione manare poteſt.

Quinto objicitur *l.* 2. §. *ult.* & *l. ſeq. ff. qui ſatiſd. cog. &c.* ubi in fide-

fidejuſſorem, qui aliquem judicio ſiſti promiſit, tanti quanti ea res eſt, actio datur. Reſp. Ideo fidejuſſor datus pro alio in judicio ſiſtendo, tenetur ad id quod intereſt, quia actio ſuper qua reus principalis conveniebatur, originaliter ad id competebat. Ad id enim tempus, quo primum fidejuſſor dabatur, reſpiciendum eſt. Tunc enim ab origine actione propoſita comprehenſum fuerat, ut ſi reus non ſiſteretur, fidejuſſor ad ea teneretur, ad quæ actio a principio competebat. Ultra vero fidejuſſor non eſt convenien-dus. *l. ult. C. de fidejuſſ.*

Sexto objicitur, quod *ſimplex & indefinita oratio æquipollet univerſali. l. ſi pluribus.* 44. *ff. de leg.* 2. *ſi plures.* 98. *ff. de leg.* 3. Ergo ſicut fidejuſſor qui in omnem cauſam acceſſit, tenetur ad uſuras ex mora rei, ita & fidejuſſor ſimpliciter acceptus ex mora debitoris ad uſuras, & reliquas acceſſiones tenebitur. Reſp. Non eſt hoc perpetuum. Illi enim regulæ, quod indefinita oratio æquivalet univerſali, locus eſt, ſi ex re ſubjecta, ex circumſtantiis, & uſu loquendi ea mens appareat: alias ſecus, quia hæc regula non neceſſario, ſed contingenter vera eſt. Neque etiam huic regulæ locus eſt in odioſis & pœnalibus, ſed in favoralibus tantum. *l. ſi quis ita.* 16. §. 1. *ff. de teſtam. tutel. l.* 2. *ff. de lib. & poſth. l. ſi ita relictum.* 43. *ff. de leg.* 2.

Septimo opponitur *l. amiſſi.* 52. §. *fidejuſſores.* 2. *ff. de fidejuſſ.* ubi fidejuſſores a colono dati etiam ob pecuniam dotis prædiorum tenentur, cum tamen ea locatis prædiis acceſſionis vice cedant. Reſp. Ab initio contractus dotes prædiorum ex natura rei locatæ in obligationem deductæ intelliguntur. Unde ad eas tenetur fidejuſſor. Dotes prædiorum ſunt acceſſiones fundi ad culturam agri pertinentes, ut ſunt inſtrumenta ruſtica, aratra, raſtra, vomeres, ligones, ferramenta. *l.* 2. *ff. de inſtr. vel inſtrum. leg.*

Ultimo obſtat *l.* 1. §. *belliſſime.* 13. *ff. ut legat. ſeu fideicommiſſ. ſerv. cauſ. caveat.* ubi dicitur, ſi heres ſatiſdedit legatorum nomine, quod iſta ſatiſdatio incrementum accipiat ex mora rei, ad fructus, & uſuras legatorum. Reſp. Hoc fit ideo, quia hæc eſt prætoria ſtipulatio. *l.* 1. *ff. de præt. ſtip.* Atqui in ſtipulationibus prætoriis & judicialibus obtinet, ut etiam omnes rei acceſſiones in futurum comprehendant. arg. *l. ſi ſtipulatus.* 76. §. 1. in verb. *non ut in judiciis etiam futurum. ff. de V. O.* & ibi *Donell.* Vide latius *Godæum in tract. de contr. ſtip. c.* 11. *concl.* 10. qui noſtræ ſententiæ adſtipulatur.

Assertio LV.

Fidejuſſor cuilibet obligationi accedit, etiam naturali tantum.

OMni obligationi fidejuſſor accedere poteſt, & non ſolum naturali & civili obligationi ſimul, ſed etiam naturali vel civili tantum. *l.* 1. *ff. de fidejuſſ.* §. 1. *inſt. eod.* Unde qui pro pupillo ſine tutoris auctoritate naturaliter obligato fidejubet, non ſolum naturaliter, ſed & civiliter obligatur. *l. Marcellus.* 25. *l.* 2. *l. fidejuſſor.* 16. §. *fidejuſſor.* 3. *ff. de fidejuſſor. l. ſi pupillus.* 127. *ff. de V. O.*

Sed *d. l. Marcellus.* graviter obſtat *l. is cui.* 6. *ff. de V. O.* ubi dicitur quod pro furioſo & prodigo non interveniat utiliter fidejuſſor: cujus contrarium in *d. l. Marcellus.* affirmatur. Reſpondet *Cujac. ad d. l.* 6. recte ſub diſtinctione. Aut fidejuſſor interceſſit pro furioſo vel prodigo jure obligato, ut puta ex quaſi contractu vel delicto obligato: quibus caſibus jure obligantur, & tunc fidejuſſor efficaciter quoque tenetur. *l. furioſus.* 46. *ff. de obl. & act.* Aut fidejuſſor interceſſit pro furioſo vel prodigo jure non obligato, utputa quando ſtipulanti ſine auctoritate curatoris promiſerunt, & tunc fidejuſſor nec pro iis adſtringitur. Eaque diſtinctio comprobatur in *l. ſi a reo.* 70. §. *ſi a furioſo.* 4. *ff. de fidejuſſ.* Quoties vero fidejuſſor pro debitore naturaliter tantum obligato, utputa pro pupillo ſine tutoris auctoritate promittente intercedit, efficaciter poteſt conveniri, quamvis principalis debitor actione pulſari non poſſit. *l. ubicunque.* 60. *ff. de fidejuſſor. d. l. ſi pupillus.*

Secundo obſtat huic deciſioni, quod dicitur, fidejuſſorem non poſſe obligari in duriorem cauſam quam reum principalem. *l. Græce.* 8. §. *illud.* 7. *ff. de fidejuſſ.* Reſp. Hoc ita intelligendum eſt, quod fidejuſſor non poſſit in plus teneri, quam eſt in principali obligatione; poteſt tamen arctiori & efficaciori obligationis vinculo devinciri. itaque non conſtituitur hic durior cauſa fidejuſſoris, ſed firmior & efficacior.

Tertio objicitur *l. ſi quis poſtquam.* 37. *ff. de fidejuſſ.* ubi dicitur, ſi debitor præſcriptione liberatus ſit, fidejuſſor etiam non tenetur, cum tamen maneat naturalis obligatio poſt præſcriptionem: debitor enim tempore liberatus etiam poſt tempus debitor manet. *l. at qui natura.* 19. in princ. *ff. de neg. geſt.* Reſp. Licet ſuperſit naturalis obligatio poſt præſcriptionem, tamen ea manet ſine effectu. *l. ult.* §. *ult. ff. rem rat. hab. l. ſicut.* 3. *l. omnes.* 4. *C. de præſcr.* 30 *vel* 40 *ann.* ubi dicitur, quod qui præſcriptione 30 annorum nititur, pleniſſima ſecuritate gaudet.

Quarto

Quarto opponitur *l. qui contra.* 11. *ff. de fidejuſſ.* ubi pro filiofam. qui mutuum accepit, fidejuſſor acceptus non obligatur, cum tamen filiusfam. naturaliter obligetur. Reſp. Ideo fidejuſſor non tenetur, quia filiusfam. pro quo interceſſit, mortuus eſt, & ſic extincta eſt naturalis obligatio, cum nullus ſit ei heres jure iſto, tantum pater ejus peculio tenus obligabitur. Ideoque mortuo filio, pro illa naturali obligatione filii nullus fidejuſſor accipi poteſt; pro illa vero obligatione, quæ adverſus patrem competit, fidejuſſor intervenire poteſt. *l. creditorem.* 18. *ff. de SC. Maced.*

ASSERTIO LVI.

Exceptiones quæ reo competunt, etiam fidejuſſori conceduntur.

HÆC enunciatio aperte & diſertis verbis traditur in *l. omnes.* 19. *ff. de except.* & *l. defenſionis.* 11. *C. eod. l. ex perſona.* 32. *ff. de fidejuſſ.* Quæ tamen aſſertio tali diſtinctione temperatur, quod aut ſunt exceptiones quæ perſonæ cohærent, & ex perſonali beneficio vel privilegio reo competunt, & hæ non tranſeunt ad fidejuſſores. Aut vero propter rei negotiique naturam dantur, & hæ fidejuſſoribus quoque competunt. *l. exceptiones.* 7. *ff. de except.* §. *ult. inſt. de replicat. l. ubicunque.* 60. *ff. de fidejuſſ.*

Sed obſtat vehementer huic aſſertioni *l.* 1. *C. de fidejuſſ.* ubi dicitur, quod reo liberato, ut quia adempta parte bonorum exulare juſſus eſt, nihilominus tenentur fidejuſſores. Reſp. Reus principalis ibi non eſt liberatus. Cum enim bona ejus propter delictum ſunt publicata, fiſcus in illius locum, veluti heres ſuccedit, qui pro ea parte, pro qua bona publicantur, loco principalis debitoris adhuc debere intelligitur. *l.* 2. *C. ad l. Jul. de vi publ. vel priv.*

Verum *d. l.* 1. graviter adverſatur *l.* 4. *ff. qui ſatiſd. cog. &c.* & *l. ſed etſi.* 4. *ff. ſi quis caution. in jud. ſiſt. &c.* ubi condemnato capitis reo ſeu debitore principali, qui ſe judicio ſiſti promiſerat datis fidejuſſoribus, etiam fidejuſſoribus rei condemnati contra obligationem judicio ſiſti datur exceptio. Reſp. *d. l.* 1. loquitur, quando fidejuſſor pro principali debito, ſeu judicato ſolvendo fidejuſſit; tunc enim debitore deportato nihilominus tenentur fidejuſſores. Aliud obtinet, quando fidejuſſor tantum promiſit de debitore exhibendo & ſiſtendo in judicio; tunc enim exceptio competens reo propter mutationem ſtatus, ut quia deportatus eſt, vel in exilium abiit, tranſit quoque ad fidejuſſores. Additio ad *Gl. in d. l. ſed etſi.* in verb. *quid ergo.* & ibid. *Baro.*

Secundo graviter pugnat cum *d. l.* 3. *C. de fidejuſſ. l. in fraudem.* 45. §. *ſi principalis.* 11. *ff. de jur. fiſc.* ubi dicitur, principalis rei ſive de-

debitoris bonis ad fiſcum devolutis, etiam fidejuſſores liberari. Reſp. Illa lex tractat de debitore ipſius fiſci, qui fiſco ex contractu obligatus erat, non de alio debitore extranei, cujus bona poſtea in fiſcum propter delictum redacta ſunt. Si hujus debitoris bona ad fiſcum creditorem pervenerunt, id eſt, ſi fiſcus proprio debitori ſucceſſit, liberantur etiam fidejuſſores: nam creditor ſuccedit debitori, & obligatio confuſione tollitur. *l. Stichum.* 95. §. *aditio.* 2. *ff. de ſolut. l. debitori.* 7. *C. de pact. Donell. ad l.* 1. *C. de fidejuſſ.*

ASSERTIO LVII.

Exceptiones præſcriptionis, rei judicatæ, & jurisjurandi, debitori competentes, fidejuſſori quoque præſtantur.

EXceptio præſcriptionis, quæ debitori principali competit, fidejuſſori quoque tribuitur, quandoquidem rei cohæret. *l. exceptiones.* 7. §. 1. *ff. de except.* Quod autem rei cohæreat, inde manifeſtum eſt, quod obligationem concernat, & pleniſſimam ſecuritatem pariat, ac ſit ſolutioni ſimilis. *l. ſi pupillus.* 45. *ff. de adm. & peric. tutor. & curat. &c.* Inſuper præſcriptio antecedens impedit, ne fidejuſſor obligetur. Ergo & ſubſequens idem operabitur. *l. ſi poſtquam.* 37. *ff. de fidejuſſ.*

Verum objicitur, quod præſcriptione non tollatur naturalis obligatio, cum tempus non ſit modus inducendæ, vel tollendæ obligationis. *l. obligationum.* 44. §. 1. *ff. de obl. & act.* fac. *l. at qui natura.* 19. in princ. *ff. de neg. geſt.* ubi dicitur, quod qui tempore liberatus eſt, etiam poſt tempus debitor manet. Ergo fidejuſſor ea exceptione ſe tueri non poteſt, cum & pro naturaliter obligato debitore fidejuſſor efficaciter interveniat. Reſp. Licet naturalis obligatio ſuperſit, tamen eſt ea ſine effectu, cum ſine radice, hoc eſt, principali obligatione conſiſtere nequeat. *l. ult.* §. *ult. ff. rem rat. hab. l. ſicut.* 3. *l. omnes.* 4. *C. de præſcr.* 30 *vel* 40 *ann.* ubi dicitur, quod qui præſcriptione 30 vel 40 annorum nititur, pleniſſima ſecuritate munitus eſt. Ergo omnis effectus naturalis obligationis tollitur exceptione præſcriptionis.

Porro quod exceptio rei judicatæ, quæ competit debitori per ſententiam abſoluto, etiam fidejuſſori ejus competat; item quod exceptio jurisjurandi debitori competens, fidejuſſori quoque concedatur, evidenter probatur in *d. l. exceptiones.* §. 1. *ff. de except.* & *l. in duobus.* 28. §. 1. *ff. de jurejur.* & *l. ult.* §. *ult. ff. de fidejuſſ.*

Sed objicitur *l. ubicunque.* 60. *ff. de fidejuſſ.* ubi dicitur, *ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, tenetur fidejuſſor.* Sed poſt rem judicatam remanet adhuc naturalis obligatio. *l. Julianus.* 60. *ff. de cond. indeb.* Ergo reo quan-

tumvis

tumvis liberato, nihilominus fidejuſſor obligatus manebit. Reſp. Ubicunque quis pro civiliter & naturaliter obligato interceſſit, ſublata civili obligatione, fidejuſſor quidem ſtricto jure adhuc tenetur, liberatur tamen ope exceptionis. *Accurſ. in d. l. ubicunque. in fine.* Adde quod hæc naturalis obligatio, quæ poſt rem judicatam ſupereſt, eſt inefficax, quia rei judicatæ exceptione eliditur. *l. quacunque, 14. ff. de compenſ. l. 2. C. eod.*

ASSERTIO LVIII.

Obligationibus ex delicto fidejuſſor accedere poteſt.

Quod obligationibus ex delicto fidejuſſor adhiberi poteſt, evidenter confirmatur per *l. Græc.* 8. §. *ſed etſi.* 5. & *l. ſi quis pro eo.* 56. *ff. de fidejuſſ.*

Objicitur *l.* 1. & 3. *ff. de cuſtod. & exhib. reor.* ubi traditur in criminalibus cauſis reum carceri mancipandum eſſe, neque fidejuſſores ullos pro reo intervenire poſſe. Reſp. ſub diſtinctione. Aut pœna corporalis propter delictum imponi debet, & tunc pro reo carceri incluſo fidejuſſores non ſunt accipiendi. *d. l.* 3. Ratio duplex eſt. Prima, quia nemo ſuæ vitæ, ſui corporis, ſuorumque membrorum eſt dominus. *l. liber homo.* 13. *ff. ad l. Aquil.* unde nec pro aliquo ſe ad pœnam corporalem obligare poteſt. Altera ratio eſt, quia ſi reus animadverteret ſe ſententia corporaliter damnatum iri, fuga profecto ſibi ſalutem quæreret, hac ratione ſententiæ executionem evitaturus; atque ita judicium redderetur eluſorium, cum ab ipſo ſonte ſumi ſupplicium non poſſet, nec fidejuſſor vice ejus pœnam ſuſtinere teneretur, quia pœnæ ſuos debent auctores tenere. *l. ſancimus.* 22. *C. de pœn.* Aut delicto tantum pœna pecuniaria impoſita eſt, & tunc ſub fidejuſſoribus e cuſtodia dimittendus erit. *d. l.* 1. & *l.* 4. *ff. de cuſtod. & exhib. reor. d. l. ſi quis pro eo.* 56. §. *ult. ff. de fidejuſſ. l. eos.* 6. §. *ſuper his.* 3. *C. de appell.* Ratio eſt, quia ſicuti ab ipſo reo, ita & ab ejus fidejuſſore huic pœnæ ſatisfieri poteſt, cum non agitur de damno corporis, ſed pecuniæ. arg. *l. denique,* 19. cum *l. ſeq. ff. de jur. fiſc.* Hæc diſtinctio unanimi conſenſu atque ſuffragio DD. approbata eſt. *Bart.* & *DD. in l.* 1. *ff. de cuſt. & exhib. reor. Azo in ſumm. C. ejuſd. tit. Gomez. in var. reſol. tract. de delict. c.* 9. *num.* 8. *Weſemb. in parat. ff. de cuſt. & exhib. reor. num.* 5. Itaque fidejuſſor non poteſt intervenire pro reo, ut ſe obliget ad pœnam corporalem. Elegans locus eſt apud Livium pro illuſtratione hujus ſententiæ, dum inquit: *Appii Claudii factum, qui trecentos obſides virgis caeſos, ſecuri percuſſit, fuit crudele, & reprehenſione dignum.*

Verum iterum objicitur *l. ſi Barſatoram latronem.* 13. *C. de fidejuſſ.* ubi qui promiſit ſe exhibiturum latronem, ſi non faciat, remittitur

puniendus ad præſidem provinciæ. Reſp. Lex iſta ſic accipienda eſt, quod qui promiſit ſe exhibiturum latronem, compellendus eſt, ut vel is exhibeat latronem ſtipulatori, ut is contra eum de jure ſuo ſtatuat, uti exiſtimaverit; aut ut eum ſcilicet latronem tranſmittat ad magiſtratum, qui in illum inquirat, & puniat. *Donell. ad d. l.* 13. Quod ſi fidejuſſor reum dolo malo non exhibeat, punietur ſecundum motum ſeu arbitrium judicis, vel conſuetudinem, extra ordinem. *l.* 4. *ff. de cuſtod. & exhib. reor. l.* 2. *C. ad SC. Turp.* Imo & corporaliter puniri poteſt fidejuſſor, ſi dolo vel fraude ejus reus fuga elapſus ſit, ut ſi doloſe eum celavit, vel fugæ ejus auxilium aut ſubſidium ſubminiſtravit. *l. penult. C. de cuſtod. & exhib. eo. d. l. ſi Barſatoram latronem.* 13. *C. de fidejuſſ. Weſemb. in parat. de cuſtod. & exhib. reor. num.* 4. & 6. Præterea opponitur *l.* 2. §. 1. *ff. de cuſtod. & exhib. reor.* ubi pro ſervo capitalis judicii poſtulato dominus admittitur fidejuſſor. Reſp. Dominus ibi tantum fidejubet judicio ſiſti, neque ad pœnam corporis ſe obligat. Præterea non agitur illic de pœna capitali, quæ corporis afflictiva eſt, ſed de deportatione, quæ reo etiam abſenti infligi poteſt.

ASSERTIO LIX.

Pactum de non petendo inter debitorem & creditorem initum, fidejuſſori quoque prodeſt.

SI pactus eſt debitor cum creditore, ne a ſe pecunia petatur, hoc pactum fidejuſſori quoque proficit, ut is a fidejuſſoria obligatione liberetur: textus eſt in *l. ult. ff. de pact.* Ratio eſt, quia debitoris intereſt obligationem fidejuſſoris diſſolvi, ne ipſe a fidejuſſore actione mandati aut negotiorum geſtorum iterum conveniatur. *l. quod dictum.* 32. *ff. de pact. l.* 4. *ff. de neg. geſt.* Quod adeo verum eſt, ut quamvis debitor poſtea iterum pactus ſit, ut a ſe peti liceat, tamen prioris pacti utilitas fidejuſſori ſuo ſine conſenſu ſuo auferri nequeat. *d. l. ult.* ubi dicitur, verius eſſe exceptionem pacti fidejuſſori ſemel quæſitam, ulterius ei invito extorqueri non poſſe.

Huic aſſertioni objicitur *l. ſi unus.* 27. §. *pactus.* 2. *ff. de pact.* ubi Paulus JC. ait, quod prius pactum a debitore interpoſitum, per ſubſequens ejus pactum elidatur & extinguatur, & deinde ſubjungitur, eademque ratione evenire, ne prius pactum fidejuſſoribus proſit. Reſp. Iſte §. intelligendus eſt de pacto fidejuſſoris, non de pacto rei, ut quemadmodum prius pactum debitoris, ſeu rei principalis per poſterius eliditur, reo paciſcente poſtea de petendo, cum prius conveniſſet de non petendo debito; ita quoque fidejuſſoris prius pactum elidetur per poſterius, ab eodem fidejuſſore inter-

terpoſitum. Talis itaque adhibenda eſt diſtinctio: Aut utrunque pactum ſit a debitore principali; & tunc fidejuſſor, ſemel liberatus debitoris pacto, non poteſt iterum obligari debitoris contrario pacto ſine ſuo conſenſu inito. Aut pactum utrumque factum eſt a fidejuſſore; & tunc extra controverſiam ſibi præjudicat. Igitur in *d. l. ſi unus. §. pactus.* fidejuſſor fecerat utrunque pactum, unde poſteriori pacto de petendo inito conſenſu ſuo ſibi nocet. In *d. l. ult.* vero *ff. de pact.* utrunque pactum initum fuerat a debitore, quocirca prius pactum de non petendo a debitore interpoſitum, fidejuſſori prodeſt, poſterius pactum de petendo non nocet. Semel enim quæſita liberatio fidejuſſori per pactum rei, non poteſt invito auferri ſequenti contrario debitoris pacto.

ASSERTIO LX.

Omnium obligationum fidejuſſor accipi poteſt.

DEciſio hæc clare & expreſſe tradita extat in *l. 1.* & *2. l. Græce. 8. §. a tutore. 4. ff. de fidejuſſ. §. 1. inſt. eod.*

Sed obſtat *l. cum filiusfam. 49. §. 1. ff. de V. O.* ubi dicitur, ſi fidejuſſor acceſſit obligationi non faciendi, puta ſi debitor promiſit ſe non impediturum, quominus actori ire, agere liceat, fidejuſſor non tenetur, ſi ipſe contra ſtipulationem faciat. Reſp. Quando eſt tale factum, quod eundem effectum habet, a quocunque fiat, tunc fidejuſſor tenetur, ut ſi reſtitutioni commodati vel depoſiti acceſſit fidejuſſor: intereſt enim mea rem meam habere a quocunque. *l. 2. ff. de fidejuſſ.* Aut tale eſt factum, quod non poteſt a diverſis æque commode & artificioſe præſtari, ut quia cenſetur electa perſonæ induſtria & peritia, puta in domo vel navi fabricanda, & tunc fidejuſſor præſtans quod debitor promiſit, non liberatur. *l. inter artifices. 31. ff. de ſolut.* Vel ſi in principali obligatione debitoris perſona tantum eſt comprehenſa, tunc fidejuſſor quoque non tenetur, ſi ipſe contra principalem contractum quid faciat.

Secundo adverſatur, quod alieni facti promiſſio eſt inutilis. Ergo obligationi, qua debitor factum promiſit, fidejuſſor non adſtringitur. Reſp. Fidejuſſor ſe pro debitoris facto eatenus obligare poteſt, ut promittat creditori vel ſtipulatori quanti ejus intereſt. *l. ſtipulatus es. 44. ff. de fidejuſſ.* Ratio eſt, quia ea eſt natura obligationum faciendi, ut promiſſor ad intereſſe teneatur. *l. ſtipulationes non dividuntur.* verſ. 72. *Celſus. ff. verb. oblig. l. ſi quis ab alio. 13. §. 1. ff. de re jud.* ad cujus legis explicationem vide *Cujac. lib. 21. obſ. c. 1.*

Porro & fidejuſſor pro naturali obligatione utiliter adhiberi poteſt. *l. fidejuſſor. 16. §. fidejuſſor. 3. ff. de fidejuſſ.* poteſtque conve-

niri efficaciter, quamvis debitor principalis judicio pulſari non poſſit. *l. ubicunque.* 60. *ff. de fidejuſſ.*

Objicitur tamen *l. ſi quis poſteaquam.* 37. *ff. de fidejuſſ.* ubi dicitur ſi debitor præſcriptione liberatus eſt, fidejuſſor quoque non tenetur, cum tamen maneat adhuc naturalis obligatio. Qui enim tempore liberatus eſt, etiam poſt tempus debitor manet. *l. atqui natura.* 19. *ff. de neg. geſt.* Reſp. Licet ſuperſit naturalis obligatio poſt præſcriptionem, tamen ea eſt ſine effectu, & plane inefficax. *l. ult.* §. *ult. ff. rem rat. hab. l. ſicut.* 3. & *l. omnes.* 4. *C. de praſcr.* 30 *vel* 40 *ann.* ubi dicitur, quod qui 30 annorum præſcriptione nititur, pleniſſima munitione ſecurus eſt.

Secundo refragatur *l. qui contra.* 11. *ff. de fidejuſſ.* ubi pro filiofam. qui mutuum accepit contra *SC.* Macedonianum, fidejuſſor acceptus non obligatur, cum tamen filiusfam. naturaliter obligetur. Reſp. Ibi fidejuſſor ideo non tenetur, quia filiusfam. pro quo interceſſit fidejuſſor, mortuus eſt, & ſic extincta eſt naturalis obligatio, cum nullus ſit heres filiofam. jure iſto: ideoque cum mortuo filiofam. ſublata ſit naturalis obligatio, pro ea fidejuſſor accipi non poteſt. Verum quia pater peculio tenus obligatur, pro illa actione, quæ adverſus patrem competit, fidejuſſor accipi poteſt. *l. creditorem.* 18. *ff. de SC. Maced. Connan. lib.* 6. *comm. c.* 6. *num. ult.*

ASSERTIO LXI.

Pœna ſtipulatione non novatur principalis obligatio.

Confirmatur hæc theſis his argumentis. Pœnalis ſtipulatio eſt acceſſoria ad principalem: at acceſſorium non debet novare principale. arg. *l. qui uſumfructum.* 58. *ff. de verb. obl.* Altera ratio. Pœna adjicitur principali contractui favore creditoris, ut timore pœnæ debitor ſervet promiſſa. arg. *l.* 1. *C. de arbit.* Non ergo debet contra partium intentionem pœna operari novationem, & damno eſſe creditori. fac. *l. apud Celſum.* 4. §. *Labeo.* 15. *ff. de except. doli mali & metus.*

Tertio probatur aperte theſis per *l. ita ſtipulatus.* 115. §. *item ſi quis.* 2. verſ. *Sabinus. ff. de V. O.* ubi dicitur, ſi quis promittat Stichum, & ſi Stichum non ſolvat, decem dari polliceatur, non ante pœna committitur, quam promiſſor interpellatus eſt in mora ſolvendi hominem: quo caſu pœna non novat, ſi promiſſor ſuper principali debito adhuc interpellari poteſt. Aperte etiam probatur hæc theſis per *l. ſi quis a ſocio.* 41. cum *l. ſeq.* & *l. duo ſocietatem.* 71. *ff. pro ſoc.*

Objicitur *l.* 1. §. *item ſi ita.* 8. *ff. ad l. Falc.* & *l. ſi penum.* 24. *ff. quand. dies leg. vel fideicomm. ced.* ubi dicitur, ſi heres damnatus ſit

pe-

penum dare, & niſi dederit, certam pœnam præſtare juſſus ſit, tunc ſi heres ſit in mora dandi penoris, deberi pœnam. Unde colligitur, per pœnæ adjectionem fieri novationem, ſiquidem novatio eſt prioris debiti in aliud transfuſio. Reſp. Cum penus legatur, & niſi detur, pœna ſubjicitur, tunc mora facta in danda penu, peti poteſt pœna. *l. cum ſine. 19. l. ſi penum. 24. ff. quand. dies leg. &c.* Ante moram penus eſt in petitione & præſtatione, poſt moram penus non eſt in obligatione ſeu petitione, ſed in præſtatione tantum, cum uſque ad litem conteſtatam heres offerendo penum liberetur a pœna: *l. 1. ff. de pen. leg.* Igitur mora operatur tranſlationem ſeu ademtionem penoris potius, quam novationem penoris in legatum pecuniæ. Idque receptum eſt propter naturam penus, quæ facile corrumpi poteſt, ideoque longiorem dilationem in præſtando non fert. Nulla ergo hic fit proprie novatio, cum penus poſt moram & transfuſionem præſtari poſſit uſque ad litem conteſtatam. *Duaren. ad d. l. ita ſtipulatus.*

Secundo objicitur *l. obligationum. 44. §. fin. ff. de obl. & act.* ubi dicitur, quod ſi quis præcedenti ſtipulationi, qua ſtipulatus eſt navem fieri, ſubjiciat pœnalem ſtipulationem certæ pecuniæ, quod quaſi novatio prioris ſtipulationis fiat. Reſp. Ideo pœna ibi operatur quaſi novationem, quod præceſſit obligatio facti, puta navem vel domum fieri, in qua ſtipulatione poſt moram fit transfuſio obligationis faciendi in obligationem pecuniæ, etiamſi pœna nulla ſit promiſſa. *l. 72. ff. de V. O.* Unde mirum non eſt, poſt moram quaſi novatione facta pœnam ſolam deberi. Non tamen eſt vera novatio, cum promiſſor ſuper facto conventus, uſque ad litem conteſtam factum offerre poſſit. *l. ſi inſulam. 84. ff. de V. O.* Operatur ergo pœna non veram novationem, quæ facti obligationem tollit, ſed umbram quandam novationis, eatenus, quatenus poſt litem conteſtatam factum non amplius offerri poteſt. Ita pulchre tradit *Zaſius in ſingul. intellect. c. 4.* Vide latius *Hotom. in illuſt. quæſt. c. 10. in quæſt. an principalis obligatio pœnali ſtipulatione novetur.* & *Petrum Grangianum in paradox. juris civil. c. 33.* ubi pulchre decidit, & multis legibus rationibuſque hanc ſententiam confirmat, quod pœnalis ſtipulatio præcedentem obligationem non novat.

ASSERTIO LXII.

Debitum purum ſtipulatione conditionali novatur.

PRobat hoc enunciatum *l. pecuniam. 36. ff. de reb. cred.* Ubi deciditur, quod ſi debitor id quod alteri pure debet juſſu ſui creditoris, alteri creditori ſub conditione promittat, non poſſit creditor prior, cui pure debetur, id debitum pendente conditione pe-

tere, quia per conditionalem promiſſionem poſteriorem effectus prioris obligationis puræ ſuſpendit, quaſi tantiſper dum pendet conditio, novationis effectum habeat. *l. obligationem.* 44. §. *fin. ff. de obl. & act.*

Huic ſententiæ contradicit *Paulus in l. pure.* 5. *ff. de except. dol. mal. & met.* ubi quod alicui pure debetur, ſi ſub conditione legetur, heredem interim nihilominus debitum petiturum affirmat. Reſpond. ſub diſtinctione, quod aliud in teſtamentis, aliud vero in contractibus hoc caſu obſervatur. argum. *l. is cui.* 42. *ff. de obl. & act.* Ratio diverſitatis eſt, quod in ſtipulatione conditionali, qua creditor a debitore, qui alteri pure debebat, ſibi ſub conditione ſtipulatus eſt, omnium contrahentium conſenſus interceſſit, creditoris, debitoris, & tertii, cui juſſu creditoris debitor pecuniam, quam pure debebat, ſub conditione promiſit. Ad quem ex ejuſmodi contractu fructus novatæ obligationis per conditionalem delegationem pertinebit. *d. l. pecuniam. d. l. obligationum.* §. *conditio.* 2. E contra quia in teſtamentis ab unius voluntate dependentibus nullus contractus intercedit. *l. verba.* 20. *ff. de V. S.* heres pecuniam medio tempore teſtatori debitam ſub conditione alteri legatam, interim recte a debitore petet. *d. l.* 5. quia nihil cum debitore geſtum, nihil contractum eſt, nullave novatio inita eſt; ſed cum legatario tantum, cum quo heres adeundo hereditatem, quaſi contraxiſſe intelligitur. *l.* 3. §. *ult. ff. ex quib. cauſ. in poſſ. eat.* Cujus nihil intereſt legatam ſibi ſub conditione pecuniam heredi interim pendente conditione ſolvi, præcipue ea ratione, quia heres ei cavet, ſe legatum exiſtente conditione ei reſtituturum. *d. l.* 5. *Forner. ad l. creditor.* 55. *ff. de V. S.*

ASSERTIO LXIII.

Creditori invito ante diem recte ſolvi poteſt, ex communi DD. ſententia, contra CUJACIUM *&* BORCHOLTUM.

HÆC ſententia aperte probatur in *l.* 38. §. *inter.* 16. *ff. de verb. obl.* ubi dicitur, quod *in obligationibus in diem totum medium tempus promiſſori ad ſolvendum liberum relinquitur.* Si non licet invito creditori ſolvere ante diem, vel ſi creditor poſſet ſolutionem ante diem recuſare, non eſſet debitori tempus medium liberum ad ſolvendum. Idem traditur in *l. quod certa.* 70. *ff. de ſolut.* ubi dicitur, *quod certa die promiſſum eſt, vel ſtatim dari poteſt: totum enim medium tempus ad ſolvendum promiſſori liberum relinquitur.* textus quoque expreſſus eſt pro hac ſententia in *l. continuus.* 137. §. 2. *ff. de verb. obl.* ubi JC. *Venulejus* inquit: *nam & quod in diem debetur, ante ſolvi poteſt, licet peti non poſſit.*

Ob-

Objicitur *l. qui Romæ.* 122. in princ. *ff. de verb. obl.* & *l. Javolenus.* 15. *ff. de ann. legat.* ubi dicitur, quod debitor in diem, ante diem non recte ſolvit. Reſp. In iſtis legibus dies fuit oppoſita in gratiam creditoris ſeu ſtipulatoris, ideoque ei invito non recte ſolvitur ante diem, quia utilitas temporis contrahentium conventione, vel teſtatoris conſenſu ſemel creditori conceſſa, non debet ei invito auferri. In dubio autem præſumitur dies adjectus in gratiam debitoris, ideoque poteſt etiam debitor ante diem ſolvere, quia quilibet poteſt favori pro ſe introducto renunciare. *l. eum qui.* 41. §. *quoties.* 1. verſ. *verum dies. ff. de V. O. l. cum tempus.* 17. *ff. de R. J.*

Opponitur etiam *l. ſed ſi ante.* 10. *ff. ad SC. Trebell.* ubi heres qui ad diem rogatus erat reſtituere hereditatem, ante diem non recte reſtituit. Ergo debitor ſolvendo ante diem non liberatur. Cui tamen adverſatur. *l. poſt mortem.* 12. *C. de fideicomm.* ubi heres rogatus reſtituere hereditatem poſt mortem, etiam ante mortem recte reſtituit. Reſpondet Caſtrenſis: Heres qui ad diem rogatus eſt reſtituere hereditatem, non tenetur ante diem hereditatem in fideicommiſſum transferre: ſi tamen vult ſponte hereditatem reſtituere, hoc poteſt in ſui præjudicium facere, ut ſcilicet actiones, quæ heredi contra debitores hereditarios competebant, transferantur in fideicommiſſarium. *d. l. poſt mortem.* & ibi *Caſtrenſ.*

Tertio adverſatur *l. item illa.* 18. *ff. de conſt. pecun.* ubi dicitur, quod creditor ante diem conſtituti recuſare poſſit debitas pecunias accipere. Reſp. Verum quidem eſt creditorem ante diem conſtituti recuſare poſſe ſolutionem debiti, & nihilominus illi competere actionem de conſtituta pecunia, ſi res debita adhuc extet. Itaque lex illa hoc modo accipienda eſt, quod ſi creditor ante diem conſtituti recuſavit ſolutionem accipere, poſſit nihilominus agere actione pecuniæ conſtitutæ ad ſolvendum, ſi tempore conſtituti paratus ſit accipere, ſi ſcilicet res adhuc ſit integra, id eſt, ſi res promiſſa adhuc extet. Sic enim & cæteri omnes creditores licet in accipiendo moram fecerint, tamen nihilominus habent actionem integram, quamdiu res promiſſa adhuc extat. *l. illud.* 17. *ff. de peric. & comm. rei vind.* ubi dicitur, quod ſemper poſterior mora noceere ſoleat. Unde quod dicitur in *d. l. item illa.* actori non nocere, ſi promiſſum ante diem debitum oblatum recuſavit accipere, non ſimpliciter negat nocere, ſed negat nocere ad actionem conſtitutæ pecuniæ, ſi res promiſſa adhuc extet. Ex quo ſequitur in aliis rebus ei nocere, quod recuſavit accipere ante diem oblatum. *Donell. ad l. eum qui* §. *ult. ff. de V. O.* Diſſentit ab hac ſententia *Cujac. lib. obſ.* 23. *c.* 22. & *ad l. ſtipulatio iſta.* 38. §. *inter incertam. ff. de verb. obl.* ubi tradit invito creditori ante diem ſolvi non poſſe, quod in diem debetur, quem ſequitur *Johannes Borcholt* perpetuus ſectator, & interpres, ſeu potius ſimia *Cujacii in tractatu de verb. oblig. c.* 6. *num.* 35. & *ſeqq.*

ASSER-

Assertio LXIV.

Recte ei ſolvitur, qui ſolutionis gratia adjectus eſt, modo poſt ſtipulationem conditio ejus non ſit in deterius mutata.

Recte ei ſolvitur, qui ſolutionis gratia contractui eſt adjectus, illique ſi ſolvat promiſſor, liberatio ipſo jure contingit, perinde acſi ipſi ſtipulatori ſolviſſet. *l. vero.* 12. §. 1. *l. ſi ita ſtipulatus.* 59. *ff. de ſolut.* Dicitur autem adjectus ſtipulationis gratia, cum quis alternative *ſibi aut Titio dari* ſtipulatur. In hac enim ſtipulatione conſiſtit obligatio ſolum in ſtipulatore, eique actio acquitur; ſed tamen Titio recte ſolvitur, qui adjectus dicitur, licet ei non competit ex ſtipulatu actio. §. *ſi quis alii.* 4. verſ. *plane. inſt. de inut. ſtip. l. ult.* §. *ult. ff. de V. O.*

Tum demum autem adjecto recte ſolvitur, ſi poſt ſtipulationem conditio ejus non ſit mutata in deterius. Nam ſi poſt ſtipulationem ſtatus ejus mutetur in deterius, ut puta ſi in adoptionem datus ſit, vel in exilium iverit, vel ſervus factus fuerit, non recte ei ſolvitur, ut contingat liberatio. Ratio eſt, quia ea conditio huic ſtipulationi ineſſe videtur, ut recte tum demum ſolvatur adjecto, *ſi in eodem ſtatu permaneat. l. cum quis ſibi.* 38. in princ. *ff. de ſolution.*

Sed e diemetro pugnat cum hoc reſponſo *l. Stichum.* 95. §. *uſumfructum.* 6. *ff. de ſolut.* ubi dicitur, ſi quis *uſumfructum ſibi aut Titio dari ſtipulatus ſit*, etiam *Titio* adjecto *capite diminuto recte ſolvi.* Reſp. Ibi Titius adjectus fuit capite minutus eo tempore, quo ſtipulatio interponebatur, quod ex ſimili ſtipulatione a JCto ſubjecta facile colligi poteſt. Nam ut ſubjungit JC. quemadmodum quis recte *ſibi aut Titio, cum capite minutus erit, uſumfructum dari* ſtipulatur, ſic etiam *ſibi aut Titio* jam ante ſtipulationem capite minuto recte quis *uſumfructum dari* ſtipulatur, ſcilicet cum tempore ſtipulationis Titius jam capite minutus erat. Ita recte notat *Cujac. ad l. cum quis.* 55. *ff. de V. O.*

Assertio LXV.

Aliud pro alio invito creditore ſolvi non poteſt.

Regula hæc traditur in *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* & deſumta eſt ex definitione obligationis, tradita in *inſtitut. tit. de obligat.* Nam cum obligatio ſit juris vinculum, quo neceſſitate debitor adſtringitur ad ſolvendum debitum in contractum deductum, repugnat naturæ obligationis, aliud pro alio invito creditori ſolvi.

Huic

Huic axiomati primo adverſatur *l. eum a quo.* 16. cum *auth. ſeq. C. de ſolut.* ubi traditur, quod debitor qui non poteſt propter inopiam pecuniam debitam exolvere, in ſolutum poſſit creditori etiam nolenti dare prædia pro quantitate debita. Reſp. Hoc fit propter neceſſitatem, utputa ſi debitori non ſuppetit aliunde facultas pecuniam exolvendi; tunc enim creditor pro quantitate debita prædia in ſolutum accipere cogitur.

Secundo repugnat *l. miles.* 6. §. *decem.* 1. *ff. de re jud.* ubi aſſeritur, quod dominus noxali actione condemnatus, ut damnum ex maleficio ſervi illatum reſarciat, liberatur ſervum noxæ dedendo. Reſp. Hoc in caſu dominus hanc poteſtatem aliud pro alio debito exolvendi habet ſibi a jure tributam: unde jure facit, quod ex poteſtate ſibi a lege conceſſa, aliud pro alio ſolvit. Cujus ſpecialis juris hæc eſt ratio, ne culpa ſervorum ultra æſtimationem ſervorum dominos gravet. §. 1. *inſt. de noxal. act.*

Tertio obſtat *l. ſi domus.* 71. §. *qui confitetur.* 3. *ff. de leg.* 1. ubi ſtatuitur, quod ſi teſtator legat alicui rem alienam, & dominus eam vendere nolit, vel forte immenſo pretio vendere cupiat, tunc ſufficit pro ſpecie legata juſtam æſtimationem etiam invito legatario ſolvere. Reſp. Hoc ſimiliter propter neceſſitatis cauſam receptum eſt, quia non poteſt heres rem a vero domino redimere, niſi immodico & immenſo precio; quod fieret cum magno & gravi ſuo detrimento.

Quarto objicitur *l. ſi quis argentum.* 35. *ſin autem donator.* 5. *C. de donat.* ubi ſancitur, ſi quis donavit alicui certum pondus argenti, neque donator habet argentum in bonis, quod teneatur ad æſtimationem argenti. Reſp. Ibi favore liberalitatis & munificentiæ receptum eſt, ut pro auri vel argenti maſſa ſolvi poſſit æſtimatio.

Poſtremo refragatur *l. vinum.* 22. *ff. de reb. cred.* ubi vinum quod mutuo datum erat, petitum eſt in judicio, & judex condemnat debitorem in æſtimationem vini. Reſp. Hoc fit propter moram debitoris, qui quanti plurimi res valuit, condemnatur: æquum enim eſt, damnum propter moram debitoris creditori illatum ei reſarciri. Unde etſi creditor velit, poteſt obdurare, ut res ipſa, hoc eſt, vinum mutuo datum ſibi reſtituatur & ſolvatur. *l. ubi autem.* 75. §. *ult. ff. de V. O.* ubi dicitur, quod obligatus ad dandum, præciſe rem ipſam creditoris efficere tenetur.

ASSER-

ASSERTIO LXVI.

Actiones ex delictis defuncti deſcendentes non dantur in heredes, niſi quatenus ad eos pervenit, non in ſolidum.

CErtiſſima eſt juris regula, *pœnales actiones ex maleficiis defuncti in heredes non competere, niſi in id quod ad eos pervenit.* §. *non autem.* 1. *inſt. de perp. & temp. act. &c. l. ſicuti.* 38. *l. toties.* 44. *l. in pupillum.* 111. §. 1. *ff. de reg. jur. l.* 1. *ff. de privat. delict.* Ratio eſt, quia ſicuti juſtum eſt ex delicto defuncti heredem non teneri, quia pœnæ ſuos auctores ſequi debent. *l. ſancimus.* 22. *C. de pœn.* ita æquum quoque eſt, ut ex defuncti maleficio heres etiam lucrum non ſentiat, quia turpia lucra heredibus extorquenda ſunt, ne alieno ſcelere ditentur. *l. in heredem.* 5. *de calumn.* Porro notandum, quod ipſæ pœnales actiones, furti, vi bonorum raptorum, injuriarum adverſus heredes non dentur, ſed convenitur heres de eo quod ad ipſum pervenit, actione in factum, vel condictione furtiva. *l.* 2. §. *ult. ff. vi bon. rapt. l. itaque.* 28. *ff. de dolo. gl. in l. unic. C. ex delict. defunct. in quant. hered. conven.* Ratio eſt, quia iſtæ pœnales actiones ex delictis ſunt famoſæ, ideoque non debent contra heredes delinquentis intentari, ne propter alienum delictum ex nomine actionis heredibus irrogetur infamia.

Adverſatur huic doctrinæ *l. unica. C. ex delict. defunct. in quant. hered. conven.* In qua ſtatuitur, heredem teneri de vi a defuncto commiſſa. Reſp. Hoc non eſt accipiendum de vi ablativa, ex qua competit actio vi bonorum raptorum, quæ in heredem raptoris non datur, ſed de vi compulſiva, & quæ incidit in edictum, *quod metus cauſa*, quæ actio non eſt mere pœnalis, ſed mixta, ideoque contra heredes vim metumve inferentis datur. *Sturtius ad l. ſicuti.* 38. *ff. de R. J.* Excipitur ab hac regula ſola condictio furtiva, quæ datur contra heredes furis in ſolidum, etiamſi ad eos nihil pervenit. *l. in conductione.* 9. *ff. de cond. furt.* §. *ult. inſt. de obligat. quæ ex delict. naſc.* idque ſpeciali odio furum eſt receptum.

ASSERTIO LXVII.

Pro eodem crimine, & civiliter & criminaliter agi poteſt.

QUoties pro eodem crimine & civilis & criminalis competit actio, utraque licet experiri, nec una actione intentata altera conſumitur. Traditur hæc generalis definitio in *l. unic. C. quand. civ. act. crim. prajud. &c.* Textus eſt elegans in *l. qui nomine.* 25. *ff.*

25. *ad l. Corn. de falſ.* ubi pro regula traditur, quod ex quocunque maleficio poteſt quis accuſari criminaliter, ex eodem poteſt agi actione in factum civiliter. Sic intentata actione vi bonorum raptorum, adhuc eſt locus judicio publico legis Juliæ de vi. *l.* 2. §. 1. *ff. vi bon. rapt.* Item ſi quis ſervum alienum ſurripuit & ſubduxit, furti tenetur & plagii, & una actione intentata patet regreſſus ad aliam. *l. ſi quis ſervum.* 12. *C. ad. l. Fab. de plagiar.*

Obſtat huic aſſertioni *l. interdum.* 4. *ff. de publ. jud.* ubi dicitur, inſtituto privato judicio de aliquo crimine, præjudicium fieri judicio publico. Duplex eſt reſponſio. Accurſ. & Bart. hanc legem ita interpretantur, quod pendente judicio ſuper actione civili, non poteſt criminalis accuſatio intentari ſuper eodem crimine, ſed finito civili judicio per ſententiam, non prohibetur quis criminalem actionem proponere. *Baro* & *Borcholt. ad tit. inſt. de l. Aquil.* reſpondent, quod inſtituto judicio privato de crimine non præjudicetur publico, ita ut amplius agi non poſſit; ſed in probatione delicti judicium privatum ante finitum juvabit aut urgebit reum in executione criminis publici. *Præjudicium* enim hic ſignificat argumentum & exemplum, quod ſequantur judices in criminali judicio. Senſus ergo *d. l. interdum.* eſt, quod inſtituto prius judicio privato, præjudicium fit publico, hoc eſt, ex civili judicio prius finito, ſumitur exemplum, quod judices in criminali judicio ſequantur.

Secundo adverſatur *l. prætor.* 7. §. 1. *ff. de injur.* ubi dicitur, pro injuria illata civiliter & criminaliter agi non poſſe, ſed una actione intentata alteram conſumi. Reſp. Ibi utraque actio competit ad vindictam, ideoque una intentata altera conſumitur, quia iniquum eſt eandem rem bis in judicium deduci. Aliud eſt, quando civilis actio perſequitur rem familiarem; tunc enim civili judicio intentato non conſumitur criminale, & econtra. Ita reſpondent *Accurſ.* & *Bart. in d. l. prætor.* §. 1. quod approbat *Cujacius lib. obſer.* 24. *c.* 16.

ASSERTIO LXVIII.

Pœnæ a legibus nominatim delictis ſunt impoſitæ, neque pendent a mero judicis arbitrio.

POEnæ ſive eæ capitales ſint, ſive non, ſed pecuniariæ, aut alterius alicujus generis, non mero judicis arbitrio infliguntur, ſed legum vel conſtitutionum auctoritate delictis irrogantur. *l.* 1. §. 1. *ff. ad SC. Turp. l. ſi qua pœna.* 244. *ff. de V. S. l. ordine.* 15. *ff. ad municipal.* Imo judex infamia notatur, qui minorem pœnam, quam leges ſtatuunt, delictis imponit. *l. ſervos.* 8. §. *judicem vero.* 2. *C. ad l. Jul. de vi publ.* vel pari pœna, quam leges crimini irrogant, pu-

nitur. textus eſt notabilis in *l.* 3. in fin. *C. ne ſanct. bapt. iter. l.* 2. *C. de commerc.*

Sed adverſatur, quod traditur in §. *in ſumma.* 10. *inſt. de injur.* & *l. hodie.* 13. *ff. de pœn. l.* 3. *C. ex quib. cauſ. irr. infam. l. quid ergo.* 13. §. *pœna gravior.* 7. *ff. de his qui not. infam.* pœnas ex arbitrio judicis delictis infligi, & modo graviores, modo leviores, quam leges præſcribunt, imponi. Reſp. Nulla pœna arbitraria eſt delictorum, quæ non ſit certa aliqua parte juris conſtituta, ut ita non pendeat a mero judicis arbitrio, ſed arbitrio legibus confirmato, atque conſentaneo. Quod ergo legibus prædictis affirmatur, pœnas arbitrio judicis irrogari, hoc eam ſignificationem habet, quod non ſuo jure judex hanc arbitrandi poteſtatem habet, ſed legis beneficio, ita tamen ut ſecundum legum præſcriptum teneatur arbitrium ſuum in pœnis decernendis informare. Habet itaque adhuc in his arbitrariis pœnis illud axioma Papiniani locum, quod extat in *d. l.* 1. §. 4. verſ. *nam (ut Papinianus reſpondet.) ff. ad SC. Turpill. facti quidem quæſtionem eſſe in arbitrio judicis, pœna autem executionem ejus arbitrio non concedi, ſed legis auctoritati reſervari.* Ita tradit *Maranta in diſput. legalibus, diſput.* 3. & *Godaus ad l. aliud fraus eſt.* 131. *ff. de V. S.* Vel ita poteſt reſponderi: Pœnæ omnes lege definitæ & certæ ſunt, ut furti pœna eſt duplum, vel quadruplum, ſi agatur jure ordinario: tunc enim judex eam augere vel minuere non poteſt. *d. l.* 1. §. 1. *ff. ad SC. Turp.* Si vero agatur jure extraordinario, tunc poteſt pœnam immutare. Porro hodie omnia judicia criminalia ſunt extraordinaria, & non agitur amplius ex præſcripto formularum. Ergo hodie pœnæ legitimæ delictorum non durant, ſed judicis arbitrio infliguntur, quia omnia aguntur extra ordinem. & ſic accipienda eſt *d. l. hodie.* 13. *ff. de pœn.* Denique poteſt & hoc pro conciliatione adferri quod judex non poſſit abſolute vel ſimpliciter, ſine aliqua juſta & ſpeciali cauſa, pœnas legum mutare, minuere, vel augere. Verum ob certas juſtiſſimas rationes & cauſas pœnas a legibus præſcriptas mitigare vel augere poteſt. *d. l.* 3. *C. ex quib. cauſ. irrog. infam.* Ita tradit eleganter *Chaſſan in conſuet. Burgund. rub.* 1. §. 1. in verb. *corporellement.*

Objicitur & hoc argumentum: In *l. perſpiciendum* 11. verſ. *plane in levioribus. ff. de pœn.* traditur, *judicem debere in levioribus cauſis proniorem eſſe ad clementiam; in gravioribus vero cauſis ſeveritatem legum cum aliquo temperamento benignitatis ſubſequi.* Ergo licet illi pœnas a legibus delictis impoſitas mitigare vel remittere. Ad hoc argumentum reſpondet *gloſſ. in l. hodie. ff. de pœn.* quod ita demum poſſint judices benignitate & lenitate uti in puniendis criminibus, quando nulla certa pœna legibus eſt nominatim impoſita: tunc enim judices ad clementiam proniores eſſe debent, & rigorem ſententiæ temperare.

ASSERTIO LXIX.

Pœna regulariter in popularibus actionibus non fiſco, ſed actori applicanda eſt.

Actionum popularium hæc eſt natura, ut quicquid ex earum exercitio redigitur, actori applicetur. *l. ult. ff. de litig. l.* 3. in pr. *de ſep. viol.* ubi dicitur, quod agenti actione populari de ſepulchro violato, pœna ſit perſolvenda. Comprobat hanc deciſionem *l. ut ſi cui ex emto.* 12. *ff. de V. S.* ubi traditur, quod per litis conteſtationem popularis actio, quæ antea erat totius populi, nunc ad privatum actorem transferatur, ita ut creditor ſit ille, qui litem conteſtatus eſt in populari actione, & jam illi pœna debeatur. Facit ad confirmationem hujus deciſionis, quod alias hæc judicia non recte actiones dicerentur, cum actionibus actor perſequatur quod ſibi debetur. *princ. inſt. de act.* Præterea cum ſub titulo *inſt. de action. in* §. *pœnales.* 12. de his popularibus actionibus tractetur, ſub præmiſſa quoque definitione actionis, qua *actio* definitur *jus perſequendi in judicio quod ſibi debetur*, populares actiones comprehendi probabilius eſt. Hanc ſententiam tuentur *Godæus ad d. l.* 12. *ff. de V. S. num.* 15. & *ſeqq. Donell.* & *Baro ad princ. tit. inſt. de action.* A quibus reliqui fere interpretes diſſentiunt, quorum argumentis reſpondebo.

Primo objicitur *l.* 3. *ff. de term. mot.* ubi dicitur 50 aureos ex lege agraria in publico dandos eſſe ab eo, qui terminos extra ſuos fines movit. Reſp. Hoc in verſic. ſequent. *et ejus actionem ei qui volet, eſſe jubet.* ſic declaratur, ut ſcilicet pœna aureorum 50, in publico danda ſit, hoc eſt, ex populari actione ſolvenda, quamvis ejus pœnæ perſecutio ſive exactio ſit privata, futura ſcilicet ejus, qui volet agere, quoties ſcilicet ex lege agraria agetur civiliter. Nam ſi criminaliter agatur, ſecus eſt.

Secundo obſtat *l.* 3. §. *Divus.* 5. *ff. de ſep. viol.* ubi qui in civitate mortuos ſepeliunt, 40 aureos fiſco inferre jubentur. Reſp. *d.* §. *Divus.* agit de criminali hujus delicti perſecutione, quando non civili illa actione populari de ſepulchro violato, quæ ex edicto prætoris eſt. *l.* 3. in princ. *ff. eod. tit.* ſed criminali accuſatione quis experitur.

Tertio repugnat *l. lege Cornelia.* 25. §. *ex hoc edicto.* 2. verſ. *palam eſt autem. ff. de SC. Syllanian. & Claudian. &c.* ubi dicitur, quod pœna exacta populari actione ſit dividenda inter actorem & fiſcum. Reſp. Hoc non eſt generale in omnibus popularibus actionibus, cum id ſpecialiter in ea populari actione SCto Syllaniano cautum interveniatur, qua ſpeciali legis deciſione opus non fuiſſet, ſi id quoque in cæteris popularibus actionibus

regulare fuiſſet. At caſus ſpecialis arguit regulam generalem eſſe in contrarium. *Dec. ad l. 1. ff. de R. J.*

Assertio LXX.

Furti actio datur etiam pro re modica.

Comprobatur hæc aſſertio in §. *gallinarum.* 16. *inſt. de rer diviſ.* ubi dicitur, etiam in gallina ſurrepta furtum committi. Huc facit *l. ſi proprietarius.* 22. verſ. *eadem erunt. ff. de dam. inf.* ubi dicitur, etiam pro minimo damno competere actionem furti.

Sed adverſatur plurimum *l. ſi quis affirmavit.* 9. §. *ult. ff. de dolo. mal.* ubi dicitur, doli actionem non competere, niſi quis deceptus ſit ultra duos aureos. Reſp. Actio furti eſt ordinaria & legitima: atqui hujuſmodi actiones dantur etiam pro re minima. ſed actio doli eſt ſubſidiaria & extraordinaria, ideoque non datur pro re modica. tum etiam quia hæc actio de dolo reſtituit in integrum, & contractum reſcindit. Adde quod furtum multo gravius eſt dolo; unde & facilius dabitur actio furti pro ſumma vel re modica ſubrepta, quam doli actio.

Secundo refragatur aſſertioni *l. ſcio.* 4. *ff. de in int. reſt.* ubi dicitur, de re modica vel minima ſumma non curare prætorem. Reſp. Illud tunc demum verum eſt, quando quis jure ſpeciali contra jus commune vult reſtitui in integrum, ut tunc non attendatur læſio in re valde parva. *d. l.* 4. *d. l.* 9. *l.* 8. *C. de reſc. vend.* Alias de jure regulari, hoc eſt, de iis quæ fiunt contra jus commune, curatur de minimis. Præterea adjicitur in *d. l. ſcio.* ita demum reſtitutionem non dari ob rem minimam, cum rei majori præjudicatur. Verum cum ob ſummam modicam agitur de dolo, præjudicatur rei majori, quæ condemnatio doli attrahit ſecum infamiam. *l.* 1. *ff. de his qui not. infam.* Famæ autem hominis parcendum eſt, niſi magna cauſa urgeat, cum nihil homini antiquius eſſe debeat honeſta fama. *l.* 8. *ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* Imo fama & vita hominis æquiparantur. *l. juſta.* 9. *ff. de manum. vind.* & famæ jactura morti ſimilis eſt. *c. nolo.* 12. *quaſt.* 1. ubi dicitur, quod *crudelis eſt, qui confidens conſcientia, negligit famam.* Hanc deciſionem, quod actio furti detur pro re modica, approbat *Accurſ. in d. l.* 9. §. *ult.* a qua diſcedit *Zaſius libro.* 2. *ſingul. reſp. c.* 26. ſed levibus & infirmis rationibus.

ASSER-

ASSERTIO LXXI.

Furi regulariter actio furti non datur.

HÆC aſſertio aperte traditur in *l. itaque*. 12. §. *ſed furti actio*. 1. *ff. de furt.* Ratio eſt, quia illis tantum datur actio furti, quorum ex honeſta cauſa intereſt; *nemo* enim *ex improbitate ſua conſequitur actionem.*

Objicitur *l. qui vas.* 48. §. *ſi ego*. 4. *ff. de furt.* cujus hæc eſt facti ſpecies: *Fullo veſtes poliendas accepit, quas invito domino Titio commodavit. Titio furtum factum eſt; competit fulloni furti actio, licet & ipſe furti teneatur, quod rem invito domino commodavit.* Reſp. Ideo ibi fulloni datur actio furti, quia ejus intereſt ex honeſta cauſa, quia conductor eſt; nam etiamſi furtum non feciſſet, videlicet ſi non commodaſſet alteri, tamen cuſtodiam fullo præſtare debebat. Et breviter dicendum eſt, quod fur furti agere poteſt propter juſtum initium, ſi rem juſte cœpit detinere. *Azo in ſumm. C. de furt. num.* 9. Eadem eſt ratio *d. l.* 12. §. *penult.* Rei ſuæ dominus nonnunquam furtum facit, ut ſi rem pignori datam creditori ſubtrahat, ſi poſtea debitor eandem rem furto amiſit, aget furti; atque ita idem tenetur furti, & furti agit, quia etiamſi hic debitor furtum non feciſſet rei ſuæ, erat habiturus furti actionem dominii ratione. Summa eſt. Fur agit furti ex honeſta cauſa, puta quod ſit dominus, vel conductor, vel commodatarius; non autem agit furti hac ſola ratione, quod ſit fur, & propterea interſit ejus rem ſurripi.

Secundo adverſatur *l.* 1. §. *qui a me vi.* 30. *ff. de vi & vi arm.* ubi violento poſſeſſori datur interdictum *unde vi*, ſi vi de fundo iterum dejiciatur. Reſp. *Bart. in d. l.* 12. quod poteſt agere interdicto *unde vi* ad poſſeſſionem, quæ ſibi vi erepta eſt, recuperandam, quo caſu non habet actionem ex improbitate ſua, ſed auferentis. Sed non poteſt agere actione furti ad duplum vel quadruplum, quia actio furti datur propter id quod intereſt agentis; ſed *nemo ex improbitate ſua conſequitur actionem*, quod ſua interſit ex turpi cauſa.

ASSERTIO LXXII.

Furtum jure natura prohibitum eſt.

PRobatur hæc aſſertio in *l.* 1. §. *furtum eſt*. 1. *ff. de furt.* ubi dicitur, quod lege naturali prohibitum ſit furtum admittere. Idem affirmat *Ulp. in l. probrum*. 42. *ff. de V. S.* ubi dicitur, quod *furtum & adulterium natura turpe eſt.* Ex jure enim naturali diſcrimen honeſtorum & turpium ſumitur. Cui conſentit vox divina in De-

calogo expreſſa, *Non furtum facies*; cujus præcepta homini a natura eſſe inſita, nemo eſt qui neſciat. Concordat §. 1. *inſt. de obligat. quæ ex delict. naſc.* ubi dicitur, quod *furtum lege naturali prohibitum eſt admittere.*

Objicitur, quod apud Lacedæmonios & Ægyptios impune furari licebat. Imo apud Lacedæmonios laudi ducebatur furtum committere, nec deprehendi in furto; quod hoc potiſſimum exercitamento cautiores & magis induſtrii fierent adoleſcentes. *Gell. lib.* 11. *noct. Atticar.* 18. Ergo jure naturali furtum non eſt prohibitum, quia apud omnes gentes furta non ſunt punita, cum jus gentium ſit, quod apud omnes gentes peræque receptum & approbatum eſt. *l. omnes populi.* 9. *ff. de juſt. & jur.* Reſp. Jus gentium non eſt æſtimandum ex unius populi depravatis moribus, neque ideo quid definit eſſe juris gentium, quod ab eo unius gentis corrupti mores deſcivere. Præterea Gellius tantum dicit, furta impunita fuiſſe apud Lacedæmonios; ſed propter impunitatem & pœnæ remiſſionem non ceſſat turpitudo delicti. *l. ult. C. de general. abolit.* Unde etiam iſtæ nationes apud reliquas gentes male audierunt, quod furta impunita relinquerent. Quinimo longe rectius hodie apud Tartaros & Moſcovitas homines feros & barbaros leviſſima furta morte puniuntur. Idque ideo fit, quia rariſſima apud eos ſunt oppida, & in tuguriolis aut caſis humilibus fortunæ cujuſque ſunt poſitæ, referente *Bodino libro.* 6. *de repub. cap. ult.* Diſſentit ab hac ſententia *Alciat. in d. l.* 42. *ff. de V. S.* & *lib.* 1. *diſpunct. c.* 10. ubi tradit furtum non natura, ſed civili lege probrum eſſe.

ASSERTIO LXXIII.

Etiam furti tenetur cujus ope vel conſilio tantum furtum factum eſt.

PRobatur hæc enunciatio in in *l. ſi quis uxori.* 52. §. *neque verbo.* 19. *ff. de furt.* ubi dicitur, *opem ferre, vel conſilium dare, tunc nocet, cum ſecuta eſt contrectatio.* fac. *l. qui ſervo.* 36. *ff. eod.* Eandem ſententiam confirmat *l. ſæpe.* 53. §. *item dubitatum eſt.* 1. *ff. de V. S.* ubi dicitur, hæc verba, *ope conſilio* alicujus furtum factum eſſe, ſepartim & disjunctive, non copulate accipienda eſſe.

Vehementer pugnat cum hac aſſertione §. *interdum.* 11. in fin. *inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc.* ubi dicitur, quod *qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, ſed conſilium tantum dedit, non tenetur furti.* Diſtinguendum eſt. Aut poſtquam quis conſilium dedit, furtum non eſt ſecutum, & tunc furti, qui conſilium tantum dedit, non obligatur. Aut furtum ſecutum eſt, & tunc tenetur conſultor atque hortator ob malignum conſilium. Ita *d.* §. *in-*

interdum. ſupplendus eſt ex *l. in furti.* 50. §. *ope.* 1. & §. *ſeq.* & *l. ſi quis uxori.* 52. in princ. & §. *neque verbo.* 19. *ff. de furt.* Quod tunc maxime verum eſt, ſi abſque conſilio furtum facturus non erat, qui ſurripuit. arg. *l. non ſolum.* 11. §. *ſi mandato.* 3. *ff. de injur.* Ita diſtinguunt *Accurſ. in d. l. ſape.* & *Minſ. ad d.* §. *interdum. inſt. de obligat. quæ ex delict. naſc.* A qua ſententia diſſentit *Weſemb. in d.* §. *interdum.*

Sed adhuc objicitur, quod *rei turpis nullum eſt mandatum. l. ſi remunerandi.* 6. §. *rei turpis.* 3. *ff. mandat. l. ſi a reo.* 70. §. *ult. ff. de fidejuſſ.* Ergo ex inhoneſto & improbo conſilio vel mandato nulla competit actio. Reſp. Nullum eſt mandatum, quoad actionem pariendam inter mandantem & mandatarium, ſed quantum ad actionem dandam ei, in cujus perniciem mandatur, mandatum vel conſilium turpe & injuſtum obligat. *Bart. ad d.* §. *ſi mandato.* per *d. l. ſi a reo.* 70. §. *ult. ff. de fidejuſſ.*

Plane qui per laſciviam & abſque dolo occaſionem furandi alicui præbuit, in factum actione tenetur. *l. ſi ſervus ſervum.* 27. §. *ſi quis de manu.* 21. *ff. ad l. Aquil. l. in furti.* 50. §. *ult. ff. de furt. d.* §. *interdum.* Imo videtur quod & eo caſu detur actio furti per *d. l. in furti.* §. *ope.* & *l. ſi quis uxori.* 52. §. *ſi quis de manu.* 13. *ff. de furt.* Reſp. Aut ſciebat alios furtum facturos, & eo caſu furti tenetur. *l. qui ſervo.* 36. in pr. verſ. *plus Pomponius ſcripſit. ff. de furt.* Aut fecit per laſciviam, & non eo animo, ut quis furtum faceret; & tunc actione in factum tenetur.

ASSERTIO LXXIV.

Cum actione vi bonorum raptorum, etiam furti manifeſti actio competere poteſt.

Concurrit cum actione vi bonorum raptorum actio furti. *l.* 1. *ff. vi bon. rapt.* Utra autem actione teneatur raptor, furti manifeſti, an vero nec manifeſti, altercantur DD. Verior eſt ſententia, quam defendunt Accurſ. & Hotom. ſi fiat rapina manifeſte, furti manifeſti actio competat; alioqui nec manifeſti furti teneatur. Itaque ſi raptor fuit deprehenſus in ipſo delicto, vel contra eum acclamatum, tenetur etiam furti manifeſti. *l. ſi vendidero.* 80. §. *cum raptor.* 3. *ff. de furt.* Si vero non fuit deprehenſus, vel non fuit contra eum acclamatum, ut quia armatus vel coactis hominibus invaſit domum alterius, & neminem ibi invenit, tunc tenetur furti nec manifeſti. *l. ſi quis.* 52. §. *fin. ff. de furt. Cujac. lib. obſ.* 6. *c.* 2. & *in paratit. C. vi bon. rapt. Jaſon ad* §. *ex maleficiis. inſt. de act. num.* 21.

Hoc tamen ſciendum, quod cum furti quis egerit, ſiquidem manifeſti, actione vi bonorum raptorum agere non poteſt. Si vero

nec manifeſti egit, poteſt, ut tamen id tantum conſequatur, quod amplius eſt in bonorum raptorum actione. Sin autem prius egerit vi bonorum raptorum actione, actione furti nec manifeſti experiri non poterit. *d.* §. *fin. d. l.* 1. *l. ſi quis egerit.* 88. *ff. de furt.* Ab hac ſententia perperam diſſentit *Minſ. ad* §. 1. *inſt. de vi bon. rapt.* qui tradit, raptorem, licet ſit fur manifeſtus, tamen furti manifeſti actione non teneri, ſed nec manifeſti tantum.

ASSERTIO LXXV.

Summa liquido debita, quæ aliter exigi non poteſt, furtum eſt illicitum.

QUod nemo poſſit propria auctoritate, vel clam ſive furtive, debitum ſuum a debitore conſequi, ſed apud magiſtratum teneatur exigere judicio, probatur evidenter ex eo, quod ideo *judiciorum vigor in medio poſitus eſt, ne quis ſibi ipſi permittere valeat ultionem. l. nullus.* 14. *C. de Judæis & cœlicolis.* Quodque *ſingulis concedendum non eſt, quod publice per magiſtratum fieri debet, ne occaſio ſit majoris tumultus faciendi*; & ut ſcandala evitentur, quæ inde exoriuntur, quod quis ſine judice, & non ſervato juris ordine rem ſibi debitam clam & furtive aufert. *l. non eſt ſingulis.* 176. *ff. de R. J.*

Objicitur *l. ait prætor.* 10. §. *ſi debitorem.* 16. *ff. quæ in fraud. cred. fact. ſunt, ut reſtit.* ubi dicitur, licere creditori debitorem fugientem propria auctoritate apprehendere, & pecuniam ſecum ferentem ab eo auferre. Similiter traditur in *l. generali.* 54. *C. de decur.* quod competat manus injectio ordini in decurionem. Reſp. Iſtæ leges eo demum caſu locum habent, ſi deſit copia magiſtratus, & periculum ſit in mora, quod tum demum liceat debitorem propria auctoritate apprehendere; ſi, inquam, evidens periculum ſit, ne debitor aufugiat, & non ſit præſto copia magiſtratus. Cautum enim eſt jure, quod ubi periculum eſt in mora, a communis juris regulis receditur. *l. de pupillo.* 5. §. *ſi quis rivos.* 11. *ff. de nov. op. nunc.*

Secundo adverſatur *l. eum qui.* 14. §. 1. *ff. de furt.* ubi dicitur, quod emtor qui ſoluto precio rem emptam venditori ſubtraxit, non teneatur furti. Reſpond. Ideo emtor eo caſu furti actione non tenetur, quia venditor cuſtodiam rei venditæ præſtare tenebatur, quo caſu ad exactiſſimam rei cuſtodiendæ diligentiam, & ſic de leviſſima culpa adſtringitur. *l.* 2. & 3. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Quia autem furtum leviſſimæ culpæ cuſtodientis imputatur; *l. cum duobus.* 52. §. *damna.* 3. *ff. pro ſoc.* hinc fit, ut furtum non emtori, ſed venditori imputetur, propter negligentiam in re cuſtodienda adhibitam.

Tertio

Tertio objicitur *l. cum creditor. 55. ff. de furt.* ubi traditur, quod creditor qui rem ſibi obligatam pignori aufert, non tenetur furti. Cui iterum repugnat *l. 3. C. vi bon. rapt.* ubi rapiens res ſibi obligatas tenetur actione vi bonorum raptorum, in quadruplum. Reſp. Vel dicendum eſt, quod in dubio creditor auferens pignus, furtum non cenſetur committere, quia hoc non facit animo furandi, ſed ut pignori incumbat. Vel dicendum, quod tum demum creditor furti non teneatur, ſi abſtulit rem vel ex conventione, vel judicis auctoritate. Ita decidunt *Accurſ.* & *Bart. in d. l. cum creditor.* per *l. penult. C. de pign. act.*

Poſtremo graviter adverſatur locus S. Scripturæ, *Exodi 12. verſ.* 34. & 35. ubi cum Iſraëlitæ non poſſent recipere mercedem ſibi pro labore ab Ægyptiis debitam, commodato acceperunt ab Ægyptiis pocula aurea, argentea, & veſtes, & iis ſpoliarunt Ægyptios, ſecumque abſtulerunt, nec dicuntur hoc facto deliquiſſe. Reſp. Iſraelitæ ſpoliando Ægyptios, non peccaverunt, ſiquidem faciebant hoc mandato Dei, & habebant manifeſtum præceptum Dei, qui juſſerat, ut fraudarent & ſpoliarent Ægyptios, quia debebant Ægyptii Iſraëlitis mercedem pro ſervitute, & oppreſſione duriſſima. Quanquam levis ſane & exigua erat compenſatio, pro oppreſſione populi tam diuturna, proque filiis occiſis, vaſorum aliquot aureorum, argenteorum, & veſtium ablatio. Contrariam ſententiam, quod licet alicui rem propriam ſurripere, quando eam per viam juris, vel judicem conſequi non poteſt, tenent & approbant *Chaſſan. in conſuet. Burg. rub.* 1. §. 5. in verb. *pour la premiere fois. Covarr. lib.* 1. *var. reſol. c.* 2. *num.* 15. arg. *l. generali.* 54. *C. de decur. Vivius lib.* 2. *commun. opin. opin.* 133.

ASSERTIO LXXVI.

Actio de tigno juncto datur tam contra bonæ, quam malæ fidei ædificatorem in duplum.

SIve quis ſciens, ſive ignorans tignum alienum ædibus ſuis junxit, datur domino de tigno juncto actio in duplum. *l.* 1. & 2. *ff. de tign. junct. l. in rem.* 23. §. *tignum.* 6. *ff. de rei vind.* Contra furem ſive malæ fidei ædificatorem datur præter actionem de tigno juncto, etiam actio ad exhibendum, & rei vindicatio, non ut tignum eximatur aut ſolvatur (quia non poteſt ſolvi aut eximi tignum ædibus junctum, vetante id lege 12. tab. ne ædificia ruinoſa fiant) ſed ut præſtetur, quanti ſua intereſſe dominus in litem juraverit. *l. qui res.* 98. in fin. *ff. de ſolut.* juncta *gloſſ. d. l.* 1. in fin. Quæ actiones diſſoluto ædificio dantur contra eundem, licet dominus duplum jam ſit conſecutus. *l.* 7. §. *cum in ſuo.* 10. *ff. de acquir. rer. dom.* Ille vero qui bona fide tignum alienum ædibus ſuis junxit,

ſoluto duplo liberatur. Ita accipiendus eſt §. *cum in ſuo.* 29. *inſt. de rer. div.ſ.* ubi dicitur, poteſt dominus, ſi non ſit duplum conſecutus, diruto ædificio tignum vindicare, ut hoc obtineat in bonæ fidei poſſeſſore, qui ſoluto duplo aliis actionibus liberatur. Hac diſtinctione has leges conciliat *Fornerius ad l. tigni.* 62. *ff. de verb. ſign.*

Illud autem notandum, quod lex 12. tab. ſolum cavit de tigno furtivo; unde appellatur *tignum furtivum* in *d. l.* 1. Idque aperte comprobat. *l. de eo.* 63. *ff. de donat. inter vir. & ux.* Ideoque & ſtatim poſt titulum de furtis collocatur titulus de tigno juncto, quod ea actio ſolum ad tignum furtivum pertineat. Nihil impedit tamen ut nihilominus id furtivum dicatur, licet a bonæ fidei poſſeſſore ædibus ſit junctum: quia nihil vetat, quo minus tignum ab alio ſurreptum, alius bona fide includat & jungat.

Objicitur, quod bona fides non patitur duplum præſtari a bonæ fidei poſſeſſore. *l. bona fides.* 57. *ff. de R. J.* Reſp. Hoc fit ideo, quia dominus contra voluntatem ſuam privatur rei ſuæ dominio; tum etiam quod magni ſolet intereſſe domini, tignum ei non auferri, quod ad ſtructuram ædificii ſui jam paratum & aptatum habebat. *Cujac. lib.* 23. *obſ. c.* 19. ita reſpondet, quod ideo teneatur in duplum, qui bona fide tignum alienum ædibus ſuis junxit, quia ſcilicet apud eum conceptum eſt tignum furtivum. *Concipere* eſt invenire & deprehendere, & hinc eſt quædam actio furti concepti. Et hoc eſt, quod ait lex 12. tab. *tignum ædibus junctum & conceptum*, quod ſit ſpecialis actio tigni concepti in duplum. Contra ignorantem ergo, id eſt, qui tignum alienum furtivum ignorans ædibus ſuis bona fide junxit, datur actio de tigno juncto in duplum, ſi ſit furtivum; ſi non ſit furtivum, dabitur actio prætoria in factum pretii nomine in ſimplum. *d. l. in rem.* §. *item quæcunque.* 5. *d. l. qui res.* §. *ult. d. l. de eo.*

ASSERTIO LXXVII.

Convicii veritas non excuſat conviciantem, quo minus teneatur injuriarum actione, juxta communem DD. opinionem.

QUicquid ad contumeliam vel infamiam alicujus dicitur, quod vel infamia facti apud bonos viros eum gravat, vel contemtibiliorem apud alios eum reddit, injuria eſt, etiamſi quod objicitur, verum eſt. Nec enim ſufficit veritas criminis, ſed neceſſe eſt ex alia cauſa objici, quam contumeliæ gratia. Et in actione injuriarum non tam veritas convicii, quam voluntas & libido injuriantis attenditur. Facit *l.* 2. in fin. princ. *C. quand. & quib. quart. pars &c.* ubi dicitur, quod *alterius defectus, vitia, vel infa-*

famiam ſine cauſa detegere, inhumanum & injurioſum eſt. Hæc eſt verior & communior DD. opinio & probatur per *l.* 3. *C. de off. rect. provinc.* in verb. *nam ſi vera voces ſunt, nec ad libidinem per clientelas effuſæ. Weſemb. in parat. de injur. num.* 8. *Fachin. lib.* 9. *controv. jur. c.* 10.

Objicitur *l. eum qui.* 18. *ff. de injur.* ubi dicitur: *Eum qui nocentem infamat, non eſt æquum ob eam rem condemnari; peccata enim nocentium nota eſſe oportet & expedit.* Communiter ita diſtinguitur. Aut objectum crimen detegi, intereſt reip. & tunc injuriarum non tenetur, qui verum crimen objicit, ut ſi quis alium proditorem, homicidam, adulterum, vel leproſum eſſe per convicium objiciat. Si vero non interſit reipublicæ id crimen detegi, ut ſi quis aliquem appellet fatuum, luſcum, mendicum, vel ſpurium, tunc injuriarum actio competit contra injuriantem. *l. quod reipublicæ.* 33. *ff. de injur. l. ſiquidem aviam.* 10. *C. de injur. l. unic. C. de famoſ. libell.* Ita ex communi DD. ſententia diſtinguunt *Gail lib.* 2. *obſervat. c.* 99. *Robert. lib.* 2. *ſent. jur. cap.* 17. *Coraſ. lib.* 6. *miſcell. cap. penult. Covarruv. lib.* 1. *var. reſol. c.* 11. Huc non inconcinne illud referendum, quod ſcribit *Horat. lib.* 2. *ſermon. ſatyr.* 1.

Si mala condiderit in quem quis carmina, jus eſt,
Judiciumque eſto, ſi quis mala: ſed bona ſi quis
Judice, condiderit, laudatur Cæſare. ſi quis
Opprobriis dignum latraverit, integer ipſe
Solventur riſu tabulæ, tu miſſus abibis.

Plane ſi mutuis conviciis inter ſe aliqui certaverint, ut ſi delictum aliquod infame objicienti alicui dicatur, tu mentiris, verius eſt delictorum compenſationem fieri. *l. viro.* 39. *ff. ſol. matr.* ubi dicitur, quod *paria delicta mutua compenſatione diſſolvuntur. l. ſi ambo.* 10. *ff. de compenſ.* Idque *Bart.* & *Caſtrenſi* probatum eſt, *in l. quæ omnia.* 25. §. 1. *ff. de procur. Jaſoni, in l. ut vim. ff. de juſt. & jur. Gail lib.* 2. *obſ. cap.* 100. Contra quam *Julius Clarus* communiter receptum perhibet *in* §. *quæro etiam.* verſ. *injuria. de injur. Villalobos in commun. opin.*

ASSERTIO LXXVIII.

Actio injuriarum prætoria anno continuo finitur; actio vero injuriarum ex l. Cornelia, eſt perpetua.

QUod anno continuo duret actio injuriarum prætoria probari poteſt ex *l. ſi non convicii.* 5. *C. de injur.* ubi cum ſimpliciter lex dicit eam anno finiri, hoc de continuo anno eſt accipiendum. Quoties enim in jure tempus utile non exprimitur, ſemper continuum eſſe intelligitur. textus in *l. genero.* 8. *ff. de his qui not. infam.* & ibi *Bart. num.* 1. *l. ſive pars.* 3. *C. de dilat. l. ult. ff. de diverſ. temp.*

præſcr. gloſſ. notab. in Clem. c. unic. in verb. *continuum. de reſt. in integ. Gail lib. 2. obſ. c.* 105. ubi actionem injuriarum anno continuo finiri decidit.

Objicitur, quod injuria ſcripto illata, ut ſi quis aliquem famoſo libello traducat, perpetuo duret, & maneat, ſemperque loqui cenſeatur, ideoque ſemper injuria fieri & perdurare intelligitur. *Zaſ. ad l. cum lex. ff. de legib.* per *l. Arriani. 5. C. de haret.* Reſp. Injuria non a ſcriptura vel libello, ſed a voluntate & animo potius injuriam inferentis æſtimatur. *l. 1. ff. de injur. l. qui injuria. 53. ff. de furt.* Hic autem animus contumeliæ, a quo hæc res penditur, poteſt non durare, quia voluntas hominis eſt mutabilis, etiamſi ſcriptura duret. Ita decidit *Weſemb. conſil. 22. num. 7.* quod etiam actioni injuriarum ex injuria ſcripta deſcendenti anno præſcribatur.

Secundo obſtat, quod injuria per metum illata, dicatur anno utili exoleſcere. *l. 14. §. poſt. annum. ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* Reſp. Hoc ſpeciale eſt in injuria per metum illata; hæc enim gravior eſt alia ſimplici injuria, ideoque hæc actio diutius durat.

Actio injuriarum ex lege Cornelia eſt perpetua, quia a lege introducta eſt, actiones autem ex legibus deſcendentes ſunt perpetuæ. *princ. inſt. de perp. & temp. act.* Et hæc ſententia, quod pro omni injuria, quæ manu fit, ſeu quæ ex lege Cornelia deſcendit, actio injuriarum perpetuo competat, communi DD. opinione eſt recepta. not. *Fab. in l. ſi non convicii. 5. C. de injur.* Et ita in Camera imperii judicatum notat *Minſ. cent. 1. obſer.* 84. & *cent. 5. obſerv.* 8. Diſſentit *Gail lib. 2. obſerv. cap.* 104. ubi injuriam ſcriptura factam perpetuam eſſe, in Camera imperii judicatum refert; unde poſt annum quoque actio de injuria per famoſum libellum illata, intentari poterit.

ASSERTIO LXXIX.

Carcer de jure civili pœna non eſt.

HÆC aſſertio expreſſe traditur in *l. aut damnum. 8. §. ſolent. 9. ff. de pœn.* ubi inquit Ulpianus, ſententiam non valere, qua quis damnatus eſt, ut in carceribus contineatur, quia *carcer non ad puniendos, ſed ad continendos homines haberi debet. l. 1.* & *l. ult. C. de cuſtod. reor.* ubi Imp. Conſtantius reſcribit, quod *carcer innocentibus miſerum ſeptum, noxiis non ſatis ſeverum dignoſcitur eſſe ſupplicium.* Nemo ergo ad perpetua vincula damnari poteſt, quia hæc non eſt legitima pœna a jure admiſſa. *l. mandatis. 35. ff. de pœn.*

Sed refragatur *l. Divus. 3. ff. de cuſtod. & exhib. reor.* & *l. 2. C. eod.* ubi dicitur, quod qui grave ſcelus admiſit, debet carceris pœnam ſuſtinere, cum de admiſſo crimine conſtiterit. Reſp. Non debet reus perpetuis vinculis propter delictum perpetratum damnari,

ve-

verum ad tempus tantum cuſtodiæ cauſa in carceribus detinendus eſt, donec de intentato crimine dignum ſubeat ſupplicium.

Secundo repugnat *l. ſenatuſconſulto.* 38. *ff. de injur.* ubi qui ad ſtatuam Principis ad invidiam alicujus aufugit, in publica vincula mittitur. Similiter traditur in *l.* 1. §. *in eum.* 4. in fin. *ff. de aleator.* quod qui compellit aliquem ad ludendum alea, in latumias, hoc eſt, loca cædendis lapidibus deſtinata, vel in vincula publica duci debet. Reſp. Aliud eſt vinculis publicis quem detineri, aliud vero ad perpetuos carceres damnari: nam qui in vincula ſeu ergaſteria publica mittitur, hic nihilominus uſum civitatis retinet. Qui vero ad perpetuos carceres damnatur, ille ab omni hominum commercio & converſatione removetur, & carceris clauſtris incluſus civitatis uſum amittit. Levior ergo eſt damnatio ad vincula publica, quam ad perpetuos carceres, ut diſerte oſtenditur in *l. ſuccurritur.* 9. *ff. de quib. cauſ. major.* Limitatur hæc aſſertio, ut non procedat jure canonico, quo pœna carceris perpetui probatur, ut in *c. novimus. de ſent. excomm. c. antiqua. de hæret. c. quamvis. de pœn. in* 6. Sic convictis de prava hæreſi aſſignari ſolet pro pœna perpetuus carcer. *c. ut commiſſa. de hæret. in* 6. *Clem.* 1. *de hæret.* ubi DD. De pœna perpetui carceris plura ſcribunt *Petr. Gregor. lib.* 21. *ſyntagm. cap.* 33. *num.* 23. & 24. *Menoch. lib.* 1. *de arbit. jud. quæſt.* 89. *Gail lib.* 1. *de pace publ. c.* 1. *num.* 32. Vide & *Cujac. lib. obſ.* 14. *c.* 34. ubi tractat de illegitimis & interdictarum pœnarum generibus jure civili, inter quæ recenſet has pœnas, ne quis inedia vel fame necetur, item ne quis carcere perpetuo pœnæ cauſa contineatur, denique ne quis pœnæ cauſa quæſtioni vel tormentis ſubjiciatur.

ASSERTIO LXXX.

Etiam in meretricem nuptam adulterium committitur.

VIndicatur adulterium, non ſolum in uxore juſta, ſed etiam vulgari, quæ quæſtum corpore fecit, & pudicitiam vulgavit, *l. ſi uxor.* 13. §. *ſed & in ea.* 2. *ff. ad l. Jul. de adult.*

Sed objicitur, quod dicitur in *l. ſi ea quæ.* 22. & *l. quæ adulterium.* 29. *C. ad l. Jul. de adult.* ubi conſtituitur, in proſtitutis fœminis adulterii crimen ceſſare. Reſp. Iſtæ leges ita ſunt accipiendæ, quod iſtæ fœminæ proſtitutæ pudicitiæ, pœna quidem adulterii teneantur, verum viri cum his conſuetudinem habentes levius & mitius puniuntur. Ratio eſt, quia thorum alienum violaſſe non putantur, utpote cum pudoris apud ipſas, quæ ſe omnibus proſtituunt, nullus habeatur reſpectus, atque hujuſmodi mulieres non amplius pro uxoribus, ſed pro ſcortis ſunt habendæ, quantum ad pœnam viri attinet, qui cum illis proſtitutis rem habet. *Weſemb. ad tit.*

tit. ff. ad l. Jul. de adult. num. 6. Ita in Curia Electoris Saxoniæ pronunciatum, atque ordinariam pœnam maritis, cum hujuſmodi conjugatis fœminis proſtitutis conſuetudinem habentibus, remiſſam eſſe, ex receptiori DD. opinione teſtatur *Daniel Molle. lib. 2. ſemeſt. c. 36.* Aliter has leges explicat *Alciat. lib. 2. παρεργῶν, c. 20.* ubi accipit uxorem vulgarem pro plebeja, ſeu obſcuro loco nata, ſeu ex adventitio vulgo, allato loco ex *Suetonio in Vitellio. c. 2.* ubi inquit: *Ex muliere vulgari Antiochi cujuſdam furnaticam exercentis filia equitem Romanum genuit.*

ASSERTIO LXXXI.

Sponſa de adulterio accuſari poteſt.

Controverſa quæſtio eſt, utrum ſponſa, quæ nondum contraxit matrimonium, poſſit accuſari de adulterio, ſi fornicetur. Verior tamen eſt ſententia, eam non ſimplicem ſcortationem, ſed potius adulterium committere. Quod evidenter probat *l. ſi uxor.* 13. §. *Divi.* 3. *ff. ad l. Jul. de adult.* ubi *Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, etiam in ſponſa adulterii crimen vindicandum, quia nec matrimonium qualecunque nec ſpem matrimonii violare permittitur.* Idem confirmat *d. l. uxor.* §. *ſi minor.* 8. *ff. ad leg. Jul. de adult.* ubi dicitur, *ſi minor* 12. *annis in domum viri deducta adulterium commiſerit, moxque apud maritum ætatem exceſſerit, cœperitque eſſe uxor, non poterit quidem jure viri accuſari ex eo adulterio, quod in minori ætate commiſit, ſed quaſi ſponſa accuſari poterit, ex reſcripto D. Severi, quod ſupra relatum eſt.* Denique hanc ſententiam aperte comprobat. *l. propter.* 7. *C. ad leg. Jul. de adult.*

Objicitur, quod non poteſt dici adulterium, quia per fornicationem non violatur thorus connubialis, qui nondum eſt, nudis ſponſalibus tantum contractis. Reſpondendum. Sufficit in crimine adulterii, ut ſpes juſta matrimonii violetur. *d.* §. *Divi.* quæ ſpes vinculum matrimonii inducit, donec vel alio matrimonio, vel repudio diſſolvatur. *l.* 2. §. *in ſponſalibus.* 2. *ff. de divort. & repud.*

Secundo adverſatur *l. miles.* 11. §. *quærebatur.* 7. *ff. ad l. Jul. de adult.* ubi dicitur, quod *vir jure mariti poſſit accuſare eam fœminam, quæ, cum ei deſponſata eſſet, alii a patre in matrimonium tradita fuit.* Ex quo aperte probatur, mulierem deſponſatam uni, alteri nubere poſſe ſine crimine adulterii: cum tamen ea, quæ durantibus primis ſponſalibus alteri denuo & ſecundo nubit, adulterii crimen committat, & infamia notetur. *l.* 1. *ff. de his qui not. infam. l. eum qui duas.* 18. *C. ad l. Jul. de adult.* in verb. *etiam crimen ſtupri committit.* quaſi dicat, non ſolum crimen ſtupri, ſed etiam adulterii committit, qui binas nuptias, binave ſponſalia eodem tempore con-

conſtituta habet. *d. l.* 1. Reſpondendum. Quando a ſponſalibus primis diſceſſum eſt, tunc non committitur adulterium ab ea, quæ contrahit matrimonium cum alio. ut in *d.* §. *quærebatur.* qui expreſſe hoc innuit, dum utitur hiſce verbis: *Priori deſponſa puella, a patre in matrimonium alii fuit tradita.* Sed ubi non diſceſſit a prioribus ſponſalibus, neque ſeparavit ſe a priori ſponſo, & durante iſto ſtatu contrahit matrimonium vel ſponſalia de præſenti cum alio, tenetur crimine adulterii, quia eodem tempore bina ſponſalia, vel binas nuptias, vel ſponſalia cum aliis nuptiis ſimul conſtituta habet. Ita prædictas leges eleganter conciliat *Sarmientus lib.* 1. *ſelect. interpretat. c.* 5. Vide etiam de hac quæſtione differentem *Cujac. lib.* 6. *obſ. cap.* 16. & *libr.* 20. *c.* 16. & *Anton. Fabr. lib.* 3. *conject. juris, c.* 6.

Assertio LXXXII.

Immunitatem a pœna legis Corneliæ præbet corporis, non famæ, non honorum defenſio.

PRo defenſione bonorum & famæ non licet quempiam impune occidere, niſi cum rerum ſeu bonorum defenſione etiam periculum vitæ fuerit conjunctum. arg. *l. ut vim.* 3. *ff. de juſt. & jur. l. ſcientiam.* 45. §. *qui cum aliter.* 4. *ff. ad l. Aquil. l.* 1. §. *vim vi.* 27. *ff. de vi & vi arm.*

Objicitur quod fama hominis & vita æquiparantur. *l. juſta.* 9. *ff. de manum. vind. l. iſti.* 8. *ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* Reſpondendum. Iſta comparatio admittitur in certis caſibus, ubi eſt par & eadem ratio, videlicet quoad reſtitutionem in integrum concedendam ex juſto metu illatam. Verum in hoc graviſſimo crimine homicidii excuſando, non ſufficit honoris & famæ jactura.

Secundo objicitur *l.* 1. *C. unde vi.* & *l.* 3. §. *eum igitur.* 9. *ff. de vi & vi arm. l.* 6. *C. ad l. Jul. de vi publ.* ubi dicitur, poſſe vim illatam in bonis vi licite repelli, & licere eum qui nos de poſſeſſione dejicit, iterum armis repellere. Reſpondendum. Poteſt quidem poſſeſſionem ſuam armis quis tueri & recuperare, ſed pro defenſione bonorum non licet hominem occidere, niſi etiam periculum vitæ ſimul intentetur. *l. ſi ex plagis.* 52. §. 1. *l. ſcientium.* 45. §. *qui cum aliter.* 4. *ad ff. ad l. Aquil.* Expedit enim potius tunicam & pallium relinquere, & rerum ſuarum jacturam ſuſtinere, quam pro conſervandis vilibus rebus hominem occidere. *c. ſuſcepimus. extr. de homicid.* fac. huc elegans textus in *l. ſi ex plagis.* 51. §. *tabernarius.* 1. *ff. ad l. Aquil.* Pulchre *Andr. Gail* Germaniæ Papinianus *lib.* 1. *obſerv. c.* 110. *num.* 4. Sanxit idem *Imp. Carolus V. in ſuis conſtitut. artic.* 144. *& ſeq.* Adde *Petrum Coſtal. in l. ut vim. ff. de juſt. & jur.*

Tertio

Tertio obſtat *l.* 4. §. 1. *ff. ad l. Aquil.* ubi dicitur, furem nocturnum occidere licere, ſi modo id ipſum cum clamore teſtificetur. Reſp. Hoc quidem permiſſum fuit legibus XII. tabularum, ſed tamen ea lex non fuit uſu recepta; nam non aliter, qui occidit furem nocturnum, impune feret, quam ſi eum apprehendere non potuerit ſine periculo, puta quod is cum telo eſſet, ſeque telo defenderet. *l. furem.* 9. *ff. ad l. Corn. de ſicar. Cujac. lib. obſerv.* 14. *c.* 15. *Forner. lib.* 1. *ſelect. cap.* 22. Diſſentit ab hac ſententia *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. cap.* 30. 31. & 32.

Assertio LXXXIII.

Homicidium per ebrietatem commiſſum, ordinaria l. Corneliæ pœna puniendum.

Si quis per ebrietatem aliquem occidit, ab ordinaria legis Corneliæ pœna non liberatur. Quod probatur hoc argumento, quod illicitæ rei vacantem non debet excuſare ſua improbitas. *l. quod quis ex culpa.* 203. *ff. de R. J. l. nec id iniquum.* 15. *ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. ab inteſt. &c.*

Huic tamen ſententiæ repugnant alia duo juris loca. Primo adverſatur *l. omne.* 6. §. *qui ſe vulneravit.* 7. verſ. *per vinum. ff. de re. milit.* ubi dicitur, *per vinum aut laſciviam lapſis capitalis pœna remittenda eſt.*

Secundo refragatur *l. unic. C. ſi quis Imp. maled.* ubi Divorum Imp. conſtitutione a pœna immunis eſt, qui ebrius Imperatorem ſuggillavit. Communiter DD. diſtinguunt hoc modo, quod magna ebrietas, quæ mentem aufert, pœnam mitiget; modica autem & parva ebrietas in delictis ab ordinaria pœna non liberet. *Weſemb. in parat. ff. ad l. Corn. de ſicar. num.* 24. Mihi tamen probabilius videtur ita poſſe diſtingui. Aut delicta ſunt talia, quæ per pœnitentiam revocari poſſunt, & in his ebrietas pœnam mitigat vel remittit. Utputa ſi quis per ebrietatem crimen aut convicium alicui objecit. Si enim eum, cum ad ſobrietatem redierit, ejus pœniteat, pœna minuenda, aut in totum remittenda eſt. arg. *l. quicquid calore.* 48. *ff. de R. J. c. cum apud.* 11. *quaſt.* 3. Aut delicta ſunt hujuſmodi, quæ per pœnitentiam revocari non poſſunt; ut ſi quis occiderit hominum, adulterium vel ſtuprum commiſerit, tunc non poſſet ullatenus per pœnitentiam mitigari aut excuſari delictum, etiamſi fuiſſet calore ebrietatis perpetratum. *Angelus in l. ſi non convicii. C. de injur. Lanfran. ad tit. de confeſſ. num.* 3. & 4.

Notanda quoque eſt elegans diſtinctio tradita ab *Andrea Gail lib.* 2. *obſ. c.* 110. *num.* 23. *& ſeqq.* ubi diſtinguit inter ebrietatem, quæ caſu, clam, & ignoranter irrepit; & ebrioſitatem, quæ ex habitu vitioſo & continuato naſcitur, ut huic ordinaria pœna, illi

illi arbitraria & mitior imponatur. Sic exempli gratia, Noah qui primus vineam plantavit, correptus vini dulcedine fuit aliquando ebrius. *Geneſ.* 9. quamvis abſit, ut propterea dici debeat ebrioſus. Vide latius de hac quæſtione *Menoch. de arbitrar. judic. lib.* 2. *centur.* 4. *caſu.* 126. Non prætermittenda quoque eſt, Pittaci lex relata ab *Ariſtot. Polit.* 2. *c. ult.* qua jubet ebrios, ſi quem pulſaverint, verberaverint, aut inſolens & violentum aliquid perpetraverint, majorem pœnam luere, quam ſobrios. Nam eo quod plures ſunt ebrii, quam ſicci, qui petulanter alios lædant, noluit intueri veniam, quæ potius danda eſt vino ſepultis, ſed commodum & utilitatem ſocietatis humanæ. Cauſa legis hujus ferendæ fuit Pittaco, quia ſæpius ebrii alios pulſant, quam ſicci. Jam regula juris eſt, *Quo frequentiora ſunt delicta, eo gravius punienda. l. aut facta.* 16. §. *ult. ff. de pœn.* ubi dicitur, creſcentibus delictis maleficiorum pœnas exacerbari. In ſumma ebrius delinquens duplici pœna eſt afficiendus, cum ſit in ejus poteſtate ebrium non fieri, quod id efficere non ſtuduit; deinde ob patratum ſcelus. Hinc fideliter moneo adoleſcentes, ut ſedulo ſibi ab immoderato vini uſu caveant, ſequantur & conſilium prudentiſſimum Horatii, quod ita habet:

Luſiſti ſatis, ediſti ſatis, atque bibiſti,
Tempus abire tibi, ne potum largius æquo
Rideat, & pulſet laſciva decentius ætas.

Hanc poſteriorem ſententiam amplectitur quoque diligentiſſimus & ſolidus JC. *Hieron. Treutlerus in diſputationibus ad pandectas, diſput. de pact. theſ.* 5. *lit. a.* dum inquit: *Ob delicta in ebrietate commiſſa, pœnam remittendam aut mitigandam non abſolute conceſſerim.*

ASSERTIO LXXXIV.

Pœna l. Corneliæ ſubjacet, qui poculo amatorio quempiam interfecit.

Traditur & proponitur hæc deciſio aperte in *l. ſi quis.* 38. §. *qui abortionis.* 5. *ff. de pœn.*

Sed objicitur *l. in lege.* 5. *ff. ad l. Corn. de ſicar.* ubi habetur, quod nunquam debet imponi pœna mortis, quando committitur homicidium ſine dolo. Idem traditur in *l.* 1. §. *Divus.* 3. & *l. Divus.* 14. *ff. ad l. Corn. de ſicar.* ubi pro regula traditur, nunquam pœnam mortis inferri, ſine dolo, & propoſito occidendi. Atqui ille qui poculum amatorium alicui propinat, non habet propoſitum aliquem interficiendi, ſed intendit hoc philtro ſeu pharmaco amorem puellæ vel mulieris ſibi conciliare, & ſic eſt extra dolum. Reſp. In hoc caſu intervenit dolus ſaltem implicitus, ex eo, quod fecit rem illicitam, dando poculum amatorium, ex quo veriſimi-

liter

liter potuit ſequi mors, unde tenetur pœna mortis. Si vero ſine dolo malo cauſa amoris liciti dedit pharmacum vel philtrum, ex quo mors ſecuta eſt, ille qui dedit, non tenetur pœna ordinaria legis Corneliæ, ſed tantum pœna relegationis, damnationis in metallum, amiſſionis bonorum, vel extraordinaria.

Secundo adverſatur *l. 3. §. adjectio autem iſta. 2. verſ. ſed ex SCto. ff. ad l. Corn. de ſicar.* ubi quæ dedit poculum conceptionis, ex quo mulier mortua eſt, non punitur ordinaria pœna legis Corneliæ, ſed tantum relegari jubetur. Reſp. Ibi dedit medicamentum cauſa rei licitæ, ſcilicet cauſa conceptionis, ideoque ceſſat pœna ordinaria homicidii. Qui vero dat philtrum, vel poculum amatorium impudici amoris, vel abortionis cauſa, dat operam rei illicitæ. Ergo ab ordinaria pœna non excuſatur, ſi his illicitis remediis hominem quis interficiat. Hanc ſententiam defendit *Coraſ. lib. 1. miſcell. c. 24.* ubi eum, qui poculo amatorio hominem occidit, ultimo ſupplicio damnandum concludit; licet ab Areopagatis fœmina hujus criminis rea ſit abſoluta. Cujus rei teſtimonium extat apud *Ariſtot. lib. 1. Ethic. c. 16.* ubi ita ſcribit: *Ferunt olim quandam mulierem cuidam poculum amatorium dediſſe, qua potione ille mortuus ſit, eamque mulierem ob hoc crimen in Areopagum pertractam judicum ſententiis fuiſſe abſolutam, ea ratione, quod id minime futurum præviderat: amoris ſiquidem cupidine occæcata id fecerat, non ea mente, ut hominem perderet, ſed ſibi ſoli ſervaret.* Ubi ergo animus peccandi non eſt, ibi nec pœna, nec ſupplicium eſſe debet, cum ea duntaxat puniantur, quæ ſunt voluntaria. *Alciat. lib. 7. parerg. c. penult.* ubi tamen ſubjicit, non recte judicaſſe Areopagitas, & allegat exemplum in Lucretio poëta, quem Lucilia uxor amatorio poculo in furorem traxit, unde & mortuus eſt, ut legitur apud Hieronymum.

ASSERTIO LXXXV.

Qui Titium interficere volens, Sejum interfecit, lege Cornelia tenetur.

Ratio aſſertionis eſt, quia dolus in genere, itemque animus occidendi adfuit. Ita probat textus ſingularis in *l. eum qui. 18. §. ſi injuria. 3. ff. de injur.* Sufficit enim in crimine homicidii dolus in genere, licet non ſit commiſſus in ſpecie. Probat etiam hanc ſententiam *l. ſcientiam. 45. §. penult. ff. ad l. Aquil.* ubi dicitur, quod qui defendendi ſui cauſa lapidem in adverſarium projecit, & prætereuntem percuſſit, tenetur lege Aquilia ad intereſſe. Hanc deciſionem tuetur etiam *Bart. in l. perſpiciendum. 11. §. 2. ff. de pœnis.*

Sed objicitur *l. 3. §. final.* cum *l. ſeq. ff. de injur.* ubi traditur, quod

quod ſi quis voluit percutere ſervum proprium, & ex errore occiderit alium liberum hominem, non tenetur injuriarum. Reſpondendum: Ibi non intervenit dolus, neque percuſſor habuit animum delinquendi, ideoque error eum excuſat. Nam dedit operam rei licitæ, exiſtimans ſe ſervum ſuum cædere, quod domino licet. toto *tit. C. de emend. ſervor.* Ita eum textum declarat Bartol. d. loco quem ſequitur *Coraſ. miſcell. cap.* 11.

Secundo repugnat aſſertioni, quod omnis actus errore geſtus, nunquam nocet gerenti, quia conſenſu caret. *l. ſi per errorem.* 15. *ff. de juriſd.* Reſp. Licet error commiſſus ſit in perſona, tamen in genere delinquens conſenſit in delicto, & habuit animum hominis alicujus occidendi.

Obſtat denique *d. l. perſpiciendum.* 11. §. *delinquitur autem.* 2. verſ. *caſu vero. ff. de pœn.* ubi dicitur, caſu eum delinquere, qui cum venando telum in feram mittere vellet, hominem interfecit. Atqui ſi caſu dicitur deliquiſſe, extra culpam eſt, ac proinde non puniendus eſt. Similiter nec ille pœna afficiendus eſt legis Corneliæ, qui cum Mævium occidere vellet, Sejum interfecit, quia caſu videtur deliquiſſe. Reſpond. In prædicta ſpecie, ille qui, cum inter venandum telo feram petere volebat, hominem interfecit, non punitur corporaliter, quia operam dedit rei licitæ. *Bart. in d.* §. *penult.* Approbat hanc ſolutionem *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. c.* 37. *Gomezius lib.* 3. *var. reſol. c.* 3. *num.* 37. Diverſum ſentiunt *Angel. ad l. ſi cum ſervo.* 4. *ff. de injur. Jaſon. ad l.* 1. *ff. de injur. num.* 18. *Tiraq. de pœn. leg. temper. cap.* 14. *num.* 4.

Assertio LXXXVI.

Lex Julia peculatus, non ſolum de pecunia civitatis Romanæ, ſed etiam aliarum civitatum accipienda eſt.

LEX Julia peculatus eos coërcet, qui pecuniam publicam ſurati ſunt vel interceperunt. *l.* 1. *ff. ad l. Jul. pecul.* Dicitur autem pecunia publica, quæ ad pop. Romanum pertinet: nam aliæ civitates habentur loco privatorum. *l. eum qui.* 16. *ff. de V. S.* Unde quæritur, an & is teneatur crimine peculatus, qui aliarum civitatum pecunias expilat vel ſurripit. Quod negat *l. ob pecuniam.* 81. *ff. de furt.* quæ dicit eum quidem furti actione teneri, non autem crimine peculatus. Cui tamen e diametro repugnat. *l.* 4. §. *fin. ff. ad l. Jul. pecul.* ubi dicitur, eum qui de re civitatis aliquid ſurripit, peculatus crimen committere. Reſp. ex ſententia Duareni, quod qui civitati vel municipio pecuniam ſurripit, ipſa quidem lege Julia peculatus non tenetur; ſed poſtea conſtitutionibus Imperatorum Trajani & Adriani cautum eſt, eum quoque pecu-

latus crimen committere; qui Imperatores legem Juliam peculatus ad hunc caſum extenderunt. Ita tradit *Duaren. lib. 2. diſp. cap. 26.* Confirmat *Alciat. lib. 1. diſp. c. 3.* ubi tamen in antiquo exemplari in *d. l. pecuniam.* ita legi notat: *Ob. pecuniam civitati ſubreptam, furti nec non crimine peculatus tenetur.* Quod improbat *Anton. Auguſt. lib. 1. emend. c. 3.* Approbant hanc ſententiam *Fornerius lib. 2. ſelection. c. 22.* Aliter *Ravardus lib. 2. de ambiguit. jur. c. 19.* has leges conciliat, qui diſtinguit, quod aliud ſit ſubtrahere pecuniam civitatis, aliud de re civitatis aliquid ſurripere. Curator reipub. qui ex pecunia civitatis aliquid ſubtraxit, adminiſtrationis fraudulentæ, non criminis alicujus arguitur. Qui rem, quæ in uſu populi eſt, & jure dominii ab eo poſſidetur, clam aufert ex ærario publico, non furti actione, ſed peculatus crimine tenetur. *l. penult.* & *ult. ff. de admin. rer. ad civ. pert.* Quod ſi ignorans id fecit, calculi error retractabitur. *d. penult.* Denique Duarenii ſententiam ſequuntur *Pet. Faber lib. 1. ſemeſt. c. 22. Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. cent. 6. caſu. 587. num. 17.* ubi concordes adducit *Jacob. Rebuff. Cæpol.* & alios.

ASSERTIO LXXXVII.

Regna & ditiones ſuas arbitratu ſuo Principes minuere non poſſunt.

Regia & præclara quæſtio eſt, an Principibus ſeu Regibus conceſſum ſit ditiones & regna ſua ſine populi & ſubditorum conſenſu alienare. Et veriſſima ac juri maxime conſentanea eſt ſententia, quod hoc Regibus jure non ſit permiſſum.

Cui diſputationi anſam & occaſionem primum dedit abalienatio iſta provinciarum Italiæ, quam falſiſſimo titulo donationem Conſtantini Magni vocant. Non enim Imp. Conſtantinus Magnus, ſed Pipinus rex Franciæ primo Exarchatum Ravennæ, cum omnibus urbibus uſque ad ſtagna Venetorum, Stephano II. Pontifici dono dedit. Deinde Carolus Magnus filius Pipini eam dotationem confirmavit, & Hiſtriam, ducatum Forojulienſem, Spoletanum & Beneventanum, ac alias terras patrimonio Petri adjecit. Ita tradit *Balæus in illuſtribus viris Angliæ.* Deinde ex alienationibus bonorum & civitatum Imperii a Carolo IV. Imp. inſtitutis, acriter cœpit hæc quæſtio in utranque partem agitari. Cum enim Imp. Carolus IV. Venceſlaum filium deſignandum Cæſarem curaret, promiſit Electorum cuique centum aureorum millia pro conſenſu & confirmatione: quæ cum ſolvere non poſſet, obligavit illis telonia & vectigalia imperii, item oppida, proprietates, jura & regalia imperii titulo pignoris obſtrinxit. Qua de

de cauſa ignavus Cæſar, & decoctor bonorum imperii paſſim in hiſtoriis prædicatur.

Probatur hæc concluſio per *l. Imperatores.* 37. *ff. de pact. l.* 1. §. *ſi rem Caſaris.* 1. *ff. de off. proc. Caſ.* ubi procuratori Cæſaris, non alienandæ, ſed bene gerendæ rei poteſtas permiſſa eſſe traditur. Unde liquido apparet, Cæſari eas ditiones, provincias, dominia, aliaque bona, quæ publici juris ſunt, alienandi facultatem non eſſe conceſſam.

Secundo accedit iſta conſideratio, quod Principes fortaſſis ſubditos ſuos, in ditionem Principis, qui ſua potentia in tyrannidem abutatur, abalienare conentur: quod certe naturæ ac honeſtati contrarium, & a boni Principis officio alienum eſt, & tanquam tyrannicum non debet admitti. Aliud enim eſt tyrannum, aliud Regem eſſe. Rex omnia refert ad ſalutem & incolumitatem ſubditorum; tyrannus vero ad ſuum proprium commodum & voluptatem omnia detorquet.

Tertio Rex tanquam tutor populi ſui conſtitutus, regulam tutoribus præſcriptam ſequi debet. quod tum demum pro domino habeatur, cum ſubditis providet, non cum eorum bona alienat & perdit. *l. tutor.* 27. *ff. de adm. & peric. tutor. & curat. &c. l. interdum.* 56. §. *penult. ff. de furt.*

Quarto confirmant hanc propoſitionem, quod jure feudorum, non licet domino feudum alicui conceſſum, ſine ipſius vaſſalli voluntate in alium quocunque titulo alienare; imo nec alium de eodem feudo inveſtire poteſt dominus. ſine vaſſalli conſenſu. §. 1. *de feudo dat. in vic. leg. commiſſ. reprob. lib.* 1. *feud. tit.* 27. Nam eandem fidem dominus vaſallo exhibere debet, quam vaſallus domino præſtat. Si ergo dominus feudi non poteſt feuda, & per conſequens vaſallos ratione feudi ſubjectos alienare, ſimiliter nec dominus vel Princeps poteſt principatus provincias, territoria, civitates, item ſubditos & incolas, in aliorum principum imperium & poteſtatem transferre. Non enim ſubditi ſunt in poteſtate Principis, ſed multo magis ejus fidei & clientelæ ſunt permiſſi. Accurate & pulchre *Hotom. in illuſt. quaſt. quaſt.* 1.

Denique pro confirmatione hujus deciſionis facit, quod præſes provinciæ non poteſt ſe abdicare imperio, & hoc reſignare, niſi in manus ejus a quo poteſtatem accepit. *l. legatus.* 20. *ff. de off. praſ.* Quam legem recte Butrigamis inducit argumenti loco, quod donatio, qua Conſtantinus Magnus Imp. uti fertur, Sylveſtro Papæ urbem Romam dedit, jure non fuerit valida. Debuiſſet enim Imperator, ſi eum imperii pœnituiſſet, aut partis alicujus adminiſtrandæ, pop. Romano, a quo acceperat, id reſtituere, non vero alteri tradere, aut poſſeſſionem ejus deſertam relinquere. Hæc etiam deciſio comprobatur jure canonico, per expreſſum text. in *c. intellecto.* 33. *extr. de jurejur.* ubi reſcribit ſummus Pontifex Ho-

norius III. quod jura regni, ducatus, comitatus, etiam interpoſito juramento non poſſunt alienari.

Objicitur huic aſſertioni, quod qui pleno jure dominus eſt, poteſt alienare, perdere, ac diſſipare res ſuas. *l. ſed etſi.* 25. §. *conſuluit.* 11. *ff. de pet. her. l. in re mandata.* 21. *C. mand.* Ergo licet & regi ditiones & regna ſua alienare. Reſpond. In alienationibus regnorum non tam agrorum & oppidorum quam civium & liberorum hominum ratio habenda eſt, quos contra voluntatem eorum alienari, & in poteſtatem forte alicujus tyranni transferri, durum & iniquum cenſetur. Deinde non debet deterior eſſe conditio ſubditorum, quam olim fuit libertorum. Atqui non licet jure civili heredi, ſervum cui libertas per fideicommiſſum relicta eſt, alii manumittendum tradere, ut ejus fiat libertus, ne forte duriorem aut iniquiorum conſequatur patronum. *l. invitus.* 34. *ff. de fideicommiſſ. libert.* Ergo neque regi permiſſum eſt, facta alienatione regnorum, provinciarum, vel civitatum, ſubditos in poteſtatem & dominationem alicujus deterioris Principis vel tyranni transferre.

Secundo opponitur *l. Lucius.* 11. *ff. de evict.* ubi privati hominis prædia juſſu Imperatoris alienata proponuntur. Reſp. Hæc lex non loquitur de agris, qui proprietatis jure in civium Romanorum patrimonio ſunt, ſed de prædiis, quæ bello quæſita erant, & non proprietatis, ſed poſſeſſionis jure fruenda concedebantur: de quibus agitur in *l. quæſtio.* 115. *ff. de verb. ſign.* Eodem pertinet *l. item prædia.* 10. *ff. fam. erciſc.* ubi vectigalia prædia non dicuntur eſſe noſtri patrimonii. item *l. item ſi verberatum.* 15. *ff. de rei vind.* Alias in privatorum agris, nihil, ne publico quidem conſilio, cum illorum injuria capi potuit. *l. venditor.* 13. *ff. comm. præd.*

Tertio obſtat locus 1. *Reg. cap.* 9. *verſ.* 11. & 2. *Chronicor. c.* 8. ubi Salomon rex donavit regi Hiram aliquot civitates Iſraëlis. Reſp. Salomon rex non dominii alienandi cauſa oppida illa viginti regi Hiramo tradidit, ſed ex conſilio populi oppida ei utenda fruenda dedit, ut ex eorum vectigalibus & fructibus Hiramus ſuum debitum ſervaret neque illa emtionis jure ut proprietarius poſſideret, ſed tantum antichreſeos jure iis uteretur frueretur, donec mutuam pecuniam datam ex fructibus oppidorum & agrorum perciperet. Ita eleganter reſpondet *Hotom. in illuſt. quæſt. quæſt.* 1.

ASSERTIO LXXXVIII.

Actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem.

Actus legitimi non dicuntur hoc loco omnes actus jure civili introducti & approbati, ſed legis actiones, quæ ſolennitate quadam juris, certiſque verborum formulis peraguntur & concipiuntur. *Cujac. lib. obſ.* 15. *c.* 16. Hujuſmodi actus legitimi diem & con-

& conditionem non recipiunt, hoc eſt, non capiunt dilationem ex die vel conditione, ſed temporis momento perficiuntur, & præſentem executionem ſecum trahunt. *l. actus legitimi. 77. ff. de R. J. c. actus. extr. eod. tit.* Rationem hujus regulæ reddit *Alciat. lib. 3. parer. cap.* 4. quod videlicet hi actus legitimi a præſenti executione nomen habent, & legis fictione vel interpretatione ſunt introducti; ideoque nec ſuſpendi debent per conditionis vel diei eventum, cum ea quæ a lege ſtatuta ſunt, præſentem executionem ſecum trahant, & dies vel conditio nomini ipſius actus, executionique repugnent. *l. non quemadmodum. 35. ff. de judic.*

Objicitur primo, quod emtio, ſtipulatio, heredis inſtitutio, donatio, aliique actus legitimi diem & conditionem recipiunt. §. *omnis. 2. inſt. de verb. obl.* §. *heres. 9. inſt de hered. inſt. l.* 1. & paſſim. *C. de d nat qua ſub mod. &c.* Reſpondendum. Prædicta regula procedit in iis actibus legitimis, qui in dicta *lege actus.* recenſentur: ii enim omnino vitiantur per diei vel conditionis adjectionem. Nam particula *qui* in dict. *l. actus.* poſita, reſtrictive, non declarative accipi debet, ut ſcilicet reſtringatur ad actus ſeu exempla, quæ in iſta lege recenſentur. Relativum enim *qui*, ſuum antecedens reſtringit. *l. ult. ff. de divort.*

Illud tamen diligenter notandum, quod alii actus legitimi his ſimiles & qui eadem ratione & ſolennitate conſtant, utputa manumiſſio, adoptio, & divortium, diem & conditionem quoque non admittant. *l. quæſitum. 34. ff. de adopt.* Neque enim filium vel uxorem temporalem quis habere poteſt.

Secundo objicitur *l. primo gradu. 23. ff. quæ in fraud. cred. fact. ſunt, ut reſtit.* ubi heredes ejus qui ſolvendo non erat, ea conditione adierunt hereditatem, ut partem duntaxat æris alieni creditoribus perſolverent. Ergo aditio hereditatis peti poteſt ſub conditione. Reſpondendum: Ibi *conditio* ſignificat pactionem ante aditionem hereditatis cum defuncti creditoribus initam, ut ſcilicet creditores, cum hereditas non ſufficeret ad totum æs alienum exolvendum, certa parte debiti contenti eſſent, veluti inter heredem & fideicommiſſarium. Simile pactum memoratur in *l. apud Julianum. 11.* in princ. *ff. ad SC. Trebell.* poſt illam vero pactionem pure adita fuit hereditas. Sic aditio hereditatis iſto caſu non cenſetur facta ſub conditione.

Denique adverſatur §. *ad certum tempus. 3. Inſt. qui teſtam. tutor. dari poſſ.* ubi traditur, *tutorem ſub conditione, vel ad certum tempus teſtamento dari poſſe.* Reſp. Tutor quidem hoc modo a patre teſtamento dari poteſt, ſed non a magiſtratu. *l. muto. 6. §. 1. ff. de tutel.* Ea enim tantum datio tutoris eſt actus legitimus, quæ fit ſolenniter a magiſtratu, inquiſitione facta, introductis optimis viris, ex quibus unus maxime idoneus tutor eligitur; non quæ fit in teſtamento a patre pupilli. Accedit & altera ratio, quia defectus in teſtamentario tutore ſuppleri poteſt per magiſtratum;

 quod

quod ſecus eſt in dativo tutore. Si enim tutoris dationi magiſtratus adjiceret diem vel conditionem, interim ante diei vel conditionis eventum non eſſet proſpectum pupillo de tutore. Quare datio tutoris facta a magiſtratu ſub die vel conditione, vitioſa eſt, quia actio magiſtratus imperfecta eſſe non debet.

Assertio LXXXIX.

Invito beneficium non confertur

HÆc aſſertio traditur pro regula in *l. invito.* 69. *ff. de R. J. l. hoc jure.* 19. §. 2. *ff. de donat.* Verum objicitur huic aſſertioni *l. ſolvendo.* 39. *ff. de neg. geſt. l. ſolutione.* 23. *ff. de ſolut.* ubi dicitur, quod qui pro invito & ignorante debitore ſolvit, liberat eum. Idem traditur in *l. ſolvere.* 53. *ff. de ſolut.* Sed tamen quando quis pro invito debitore ſolvit, nulla actione nec mandati, nec negotiorum geſtorum id ab eo repetere poteſt. *l. ſi pro te.* 40. *ff. mandat. l. ult. C. de neg. geſt.* Reſp. Regula juris accipienda eſt de beneficiis, quæ contra juris communis rationem alicui tribuuntur, quæ privilegia proprie appellantur: hæc invito non conceduntur, quia quilibet poteſt favori & privilegio pro ſe introducto renunciare. *l. penult. C. de pact. l. pactum.* 46. *ff. de pact. l. ſi quis in conſcribendo.* 51. *C. de epiſc. & cler.* Sic mulier poteſt renunciare bebeneficio SCti Vellejani. *l. ult.* §. *penult. ff. ad SC. Vell.* Sic minor xxv. annis poteſt omittere reſtitutionem in integrum, ſi læſus ſit. *l. ſi judex.* 41. *ff. de minor.* Verum ut quis pro alio ſolvat, & eum etiam invitum liberet, jure communi permittitur, quia naturalis & civilis ratio ſuadet alienam conditionem meliorem etiam ignorantis & inviti nos facere poſſe, cum beneficio hominem affici hominis interſit. *l. ſervus.* 7. *ff. de ſerv. export.* Sic etiam quod ſervus invito & vetante domino ſtipulatur, domino acquiritur, quia per hoc factum ſervi conditio domini fit melior. *l. ſervus vetante.* 62. *ff. de verb. obl.* Denique & illud jure proditum eſt, quod pro reo injuſte cendemnato, etiam eo invito quilibet poteſt appellare, quia nemo audiendus eſt ſe ipſum perdere volens. *l. non tantum.* 6. *ff. de appell.* & hominis intereſt hominem beneficio affici. Quod & comprobatur per *l. addictos.* 29. *C. de appellat.* ubi ſtatuitur, quod pro damnato ad ultimum ſupplicium quilibet poteſt appellare.

ASSERTIO XC.

Privilegia realia tranſeunt ad heredes, non perſonalia.

HÆc aſſertio pro regula juris traditur in *l. in omnibus cauſis.* 68. & *l. privilegia.* 196. *ff. de R. J.* Duo autem ſunt genera privilegiorum. Unum eſt perſonale, ubi perſonæ conditio locum facit beneficio, hoc eſt, quando perſona proxima eſt cauſa beneficii; & hoc cum perſona extinguitur, & ad heredes non tranſit. *d. l.* 68. Tale eſt beneficium, quod competit marito in repetitione dotis, ne ab uxore, ſoluto matrimonio, in plus quam facere poſſit, conveniatur; hoc privilegium extraneis heredibus non datur, ſed ſolis filiis. *l. maritum.* 12. & *l. etiam.* 18. *ff. ſol. matr.* Tale eſt etiam privilegium prælationis, quod datur mulieri, quo præfertur cæteris creditoribus in bonis mariti in exactione dotis; unde nec ad heredes mulieris, filio excepto, tranſmittitur. *l. unic. C. de priv. dot. l. ult.* §. 1. verſ. *exceptis. C. qui pot. in pign. hab. nov.* 91.

Aliud eſt privilegium reale, quod non perſonæ, ſed rei, cauſæ aut actioni tribuitur; & hoc ad quoſlibet ſucceſſores tranſit. Tale eſt privilegium actionis funerariæ, ut ſcilicet is, qui in defuncti funus aliquid impendit, omnibus creditoribus præferatur. heredibus ergo hoc privilegium quoque tribuitur. *l. penult. ff. de relig. & ſumpt. fun.*

Objicitur, quod beneficium reſtitutionis in integrum, quod datur minoribus xxv. annis, competit etiam eorum heredibus. *l.* 3. §. 9. *l.* 18. §. *ult. ff. de minor.* Atqui hoc beneficium cenſetur eſſe perſonale, quia in favore minorum eſt introductum. Ergo non eſt verum, quod beneficia perſonalia non tranſeunt ad heredes. Reſp. Hoc beneficium reſtitutionis in integrum eſt mixtum, partim perſonæ, partim cauſæ: conceditur enim non tantum propter perſonam minoris, ſed præcipua & immediata cauſa reſtitutionis eſt læſio; ideoque non reſtituitur minor, niſi cauſa cognita probet ſe læſum vel circumventum. *l. ait prætor.* 7. §. 3. *l. non omnia.* 44. *ff. de minor. l. nam poſteaquam.* 9. §. *ſi minor.* 4. *ff. de jurejur.* Itaque hoc beneficium reſtitutionis in integrum minoris heredibus competit. Sic quoque beneficium SCti Vellejani datur non ſolum mulieri, ſed etiam heredibus ejus. *l. heredes.* 20. *ad SC. Vell.* quia rei & cauſæ cohæret, & ſenatus totam obligationem improbat, & a prætore reſtituitur prior creditor debitori. *l. exceptiones.* 3. *ff. de except. l. ſi mulier.* 16. §. 1. *ff. ad SC. Vell.*

Secundo adverſatur *l. ſi tibi.* 17. §. *pactum.* 5. *ff. de pact.* ubi dicitur, quod pacta perſonalia facta venditori, porrigunt ſe ad ſingularem ſucceſſorem, puta emtorem. Reſp. Pacta perſonalia

venditoris non proſunt emtori aut ſingulari ſucceſſori, niſi durante vita venditoris, alioqui ſicut privilegia perſonalia extinguuntur cum perſona. arg. *l. & heredi.* 21. in princ. *ff. de pact. Caſtrenſ. in d. l.* 17. §. *pactum.*

Assertio XCI.

Quod omnes tangit, debet ab omnibus opprobari.

HÆc aſſertio adeo vera & indubitata eſt, ut inter regulas juris canonici referatur in *c. quod omnes. de R. J. in* 6. & variis exemplis etiam ex jure civili comprobatur. Sic enim deciſum eſt, quod ſi plures habeant fundum communem, & volunt in eo ſervitutem conſtituere, oportet ut omnium conſenſus interveniat uniuſque diſſenſus impediat ſervitutem. *l. per fundum.* 11. *ff. de ſerv. ruſt. præd.* Similiter ſi plures habent ſervitutem aquæductus ex eodem flumine vel fonte, & dominus velit aliis concedere aquæductum ex eodem flumine omnes quibus aquæductus debetur, conſentire coguntur, quia illorum jus diminuitur, alioqui conceſſio ſervitutis eſt inutilis. *l. in concedendo.* 8. *ff. de aqua & aq. pluv. arcend.*

Objicitur primo, quod ſi fiſcus habet rem cum aliquo communem, invito ſocio poteſt eam rem alienare, etiamſi in tali re minimam habeat partem. *l. multum.* 2. *C. de commun. rer. alien. l.* 1. *C. de vend. rer. fiſc. &c.* Reſp. Hoc ſpeciali favore fiſci eſt receptum, nempe quod commodius & majori pretio venditur tota res, quam pars ejus. *l. Mævius.* 52. *ff. fam. erciſc.*

Secundo adverſatur *l. quod major.* 19. *ff. ad Municip.* & *l. aliud.* 160. §. *refertur.* 1. *ff. de R. J.* ubi pro regula traditur, quod major pas collegii vel univerſitatis ſtatuit, perinde habetur, ac ſi omnes ſtatuiſſent, etiamſi omnes non conſentiant. Reſp. Aut aliquid eſt commune pluribus, ut univerſis, ut ſunt bona communia alicujus civitatis vel collegii, & in his quod major pars ſtatuit, ſequendum eſt, quia difficile eſt omnes conſentire. *l.* 1. in fin. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Hinc in decretis collegiorum conſtituendis, duo trientes collegarum adeſſe debent, & quod illi ſtatuerint, a majori parte ſtatutum cenſetur. *l. nulli.* 3. *ff. quod cujuſque univerſ. nom. &c. l. nominationum.* 45. *C. de decur.* Aut aliquid eſt commune pluribus, ut ſingulis; & tunc requiritur conſenſus ſingulorum, nec majoris partis factum reliquis nocet. *d. l. per fundum.*

Tertio repugnat, quod dicitur in *l.* 7. §. *ult. ff. de pact.* quod ſi heres alicujus debitoris obærati non vult adire ejus hereditatem, niſi creditores remittant certam debiti partem, tunc ſtatur judicio majoris partis creditorum remittentis debitum, neque audiuntur reliqui diſſentientes. Reſp. Ideo ibi major pars creditorum præjudicat

Digitized by Google

judicat minori, quia agitur de liberando debitore. Unde favore liberationis conventio illa reliquis nocet, licet alioqui in his, quæ communia ſunt pluribus, ut ſingulis, factum majoris partis non ſufficiat. *Coſtal. ad d. l. 7. §. ult.*

Assertio XCII.

Utile per inutile non vitiatur.

EXtat hæc aſſertio deſcripta in *l.* 1. §. *ſed ſi mihi. 5. ff. de V. O.* & pro regula juris traditur in *c. utile. de R. J. in 6.* Ex qua multæ juris concluſiones ſunt extructæ & definitæ. Hinc deciſum eſt, quod donatio ultra quingentos aureos facta non valeat, quatenus excedit eam ſummam; quatenus vero non excedit, valet. *l. ſancimus.* 34. *C. de donat.* Sic etiam ſi quis ſibi & alteri x aureos ſtipulatus eſt, valet ſtipulatio quoad ſtipulantis perſonam in v. quoad alios vero quinque aureos non valet. §. *ſi quis alii.* 4. verſ. *quod ſi quis. inſt. de inut. ſtip.* Denique propter hanc regulam ſtatutum eſt, ut ſi uſuræ ſupra legitimum modum in ſtipulationem ſint deductæ, ut illicitis adjectis pro non adjectis habitis, legitimæ uſuræ nihilominus petantur. *l. pecunia. 9. §. uſurarum ſtipulatio.* 1. & *l. placuit. 29 ff. de uſur.*

Sed huic aſſertioni refragatur, quod in aliquibus juris articulis utile per inutile vitiatur. Sic enim ſi in duos compromittatur, quorum alter poteſt eſſe arbiter, alter non, totum compromiſſum corruit. Veluti ſi compromittatur in duos, quorum unus eſt ſervus, qui non poteſt eſſe arbiter, compromiſſum in totum corruit, & ſic utile per inutile vitiatur. *l. Pedius. 7. ff. de recept. qui arbit. recep. &c.* Reſp. Quando ex contrahentium & diſponentium præſumpta voluntate colligitur, eos non voluiſſe dividere actum, tunc utile per inutile vitiatur. Quod hoc caſu accidit, quia ea fuit intentio compromittentium, ut duo dicerent ſententiam, non pauciores.

Secundo adverſatur, quod dicitur in *l.* 1. §. *item quæritur.* 17. *ff. de aqua quot. & æſt.* quod ſi jus habeo ducendi aquam per alienum fundum, ſi ſolitam aquam ducam, non poſſum prohiberi; ſed ſi vetitam & ſordidam aquam miſceam, propterea prohibeor & bonam aquam ducere. Reſp. Regula hæc locum non habet in individuis & inſeparabilibus, quando utile ab inutili ſeparari non poteſt. Cum ergo aquæductus, ſicut & reliquæ ſervitutes reales, habeat cauſam individuam, utile propter inutile vitiatur.

Sed huic ſolutioni refragatur *l. proprium. 5. ff. comm. præd.* ubi traditur, ſi quis ſolum vel ædes vendat, addito hoc pacto, *ut ſibi & vicino ſerviat*, adjectio vicini pro ſupervacua accipienda eſt, ita ut tota ſervitus ad eum qui recipit, pertineat. Reſp. Ibi utilis

Digitized by Google

ſervitutis acquiſitio ab inutili ſeparari poteſt. Ratione enim duarum perſonarum duæ quodammodo ſervitutes conſtitutæ cenſentur, & ideo una utilis ſervitus per alteram ſervitutem non vitiatur. arg. *l. cui fundus. 56. ff. de cond. & dem. Dynus in d. c. utile.* Vide de hac regula juris eleganter differentem *Franſc. Sarmient. lib. 6. ſelect. interp. c. 5.*

ASSERTIO XCIII.

Acceſſorium ſequitur naturam principalis.

CONfirmatur hæc aſſertio expreſſa juris regula, per *l. cum principalis. 178. ff. de R. J.* & *c. acceſſorium. extr. eod.* Cujus regulæ uſus in multis juris articulis eluceſcit, & tam in ultimis voluntatibus quam contractibus procedit. Sic enim ſi prædium venditum eſt, venit aquæductus cum prædio debitus cum aliis acceſſoriis. *l. ſi aquaductus. 47. ff. de contr. empt.* Similiter in teſtamentis domo legata, hortus illi acceſſorius debetur. *l. prædiis. 91. §. penult. ff. de leg. 3.*

Adverſatur primo huic deciſioni, quod traditur in *l. quid tamen. 10. ff. quib. mod. uſusfruct. amitt.* quod ſi uſusfructus villæ alicui ſit relictus, cui fundus acceſſionis loco cedat, quod villa diruta nihilominus debetur uſusfructus fundi. Reſp. Ideo ibi uſusfructus fundi non extinguitur, quia licet fundus villæ ſit acceſſio, tamen non erat legatus tanquam acceſſorius, ſed æque principaliter ſicut ipſa villa. Hæc autem regula, quod *acceſſorium ſequitur naturam ſui principalis*, locum non habet, quando utrunque legatur ut principale. *Peck. ad d. c. acceſſorium.*

Secundo graviter huic deciſioni repugnat, quad ſancitum eſt in *l. etſi is. 9. C. de præd. & aliis reb. minor. ſine decr. non alien. vel oblig.* ubi dicitur, quod ſi curator vendidit prædium minoris abſque decreto magiſtratus, ipſa quidem venditio ſeu principalis contractus non valet, ſed tamen ſi curator pro evictione pignora & fidejuſſores dedit, hæ acceſſoriæ obligationes firmiter adſtringuntur. Reſp. Ibi curator, non minor vendidit bona abſque decreto & de evictione promiſit; eaque evictio hic principale eſt, pro qua acceſſoria bona ſua hypothecæ obligare potuit. *Peck. d. loco.*

Tertio objicitur, quod ſtipulatione alteri facta, ipſa principalis obligatio non ſubſiſtit; ſed ſi pœna adjiciatur, hæc pœnalis ſtipulatio accedens valet. *l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. 17. ff. de V. O.* Reſp. Hæc regula non procedit, quando alia ratio militat in principali, quam acceſſorio, quod hic accidit. Nam principalis ſtipulatio non valet, quia alteri nemo ſtipulari poteſt, cum ſtipulationes ad hoc ſint inventæ, ut unuſquiſque acquirat ſibi, non alteri. Sed hæc ratio ceſſat in acceſſorio; nam qui pœnam ſtipulatur, ſibi acquirit, non alteri.

Quarto

Quarto & ultimo oppugnatur hæc aſſertio, quod hypothecaria actio poteſt ſubſiſtere, ſublata principali ſive perſonali. per *l. 1. & 2. C. de luit. pign.* ubi hæc facti ſpecies proponitur. Debitor ſub pignore deceſſit duobus heredibus relictis. In eos duplex eſt actio, principalis vel perſonalis, & hypothecaria ſeu acceſſoria. Ex perſonali tenentur ſaltem heredes pro partibus hereditariis, hypothecaria in ſolidum; ſi vel unus nummus reſtat, tota res eſt in pignoris cauſa. Igitur ſi unus ex heredibus ſolverit debitum pro parte, ſublata eſt actio perſonalis, tenetur tamen hypothecaria in ſolidum. Itaque in cujus perſona ſublata eſt principalis & perſonalis actio, non ſublata eſt hypothecaria. Reſp. Regula hæc ſubinde fallit, quod indicat verbum *Plerunque* in *d. l. cum principalis.* poſitum: poteſt enim fieri, ut reſciſſo principali conſiſtat nihilominus acceſſorium: nimirum ſi ſit ſpecialis ratio aut ſingularis proviſio in ipſo acceſſorio, quod in hoc caſu procedit, ubi durat hypothecaria ſublata perſonali, quia ſcilicet indiviſa eſt pignoris cauſa & obligatio. *l. rem hereditariam. 65. ff. de evict.* Ita eleganter explicat has leges *Cujacius lib. obſ. 5. c. 32.* Aliam ſolutionem vel interpretationem *ad d. l. 2. C. de luit. pign.* adfert *Anton. Fab.* acutiſſimus JC. *lib. 7. conject. jur. c.* 18.

ASSERTIO XCIV.

Qui tacet, conſentire videtur.

QUæſtio eſt controverſa, an tacens habeatur pro conſentiente. Nam regula juris civilis in *l. qui tacet.* 142. *ff. de R. J.* implicat quandam contradictionem, dum primo dicitur, tacentem non fateri, & mox ſubjicitur, ſed tamen verum eſt. eum non negare. Præterea duæ contrariæ regulæ juris canonici ſunt de hoc articulo traditæ. Prima habet: *Qui tacet conſentire videtur.* Altera: *Qui tacet, non fatetur; ſed nec utique conſentire cenſetur.* Tacere igitur medium eſt inter fateri & negare, ſive inter expreſſum conſenſum, & expreſſam contradictionem. Porro quando tacens confiteri vel negare videatur, tali diſtinctione ſolet explicari. Si factum ſit tale, quod poſſit a tacente contradicendo impediri, tacens conſentire videtur. *l. ſæpe.* 63. verſ. *ſcientibus. ff. de re jud.* Exempli gratia: Si fidejuſſor a tutore nominatus patitur nomen ſuum in actis ſcribi, neque contradicat, habetur pro conſentiente, quia potuit contradicendo fidejuſſionem evitare. *l. 4. §. ult. ff. de fidejuſſ. & nomin. & hered. tutor. & curat.* Sic etiam qui ſe præſente patitur rem ſuam pignori obligari, & non contradicit, conſentire videtur. *l. fidejuſſor.* 26. §. *pater.* 1. *ff. de pignor.* Si autem talis ſit actus, qui potuerit etiam tacente invito expediri, taciturnitas pro conſenſu non habetur, ſed potius pro contradictione. textus notab.

in

in *l. Gajus.* 39. *ff. de pign. act.* Ubi ille tanquam teſtis ſubſcribit inſtrumento, in quo alius ſe emiſſe rem ſubſcribentis dicit: hæc ſubſcriptio ei non nocet, quia res aliena etiam invito domino vendi poteſt. *l. rem alienam.* 28. *ff. de contr. empt.* Hanc diſtinctionem tradit *Dynus in d. c. qui tacet.*

Objicitur primo, quod præſens in interrogatione, & tacens, ex ſtipulatione non obligatur, neque conſentire videtur. *l.* 1. in princ. *ff. de V.O.* Reſp. Hoc fit ideo quia lex in ſtipulatione pro forma requirit verba & expreſſum conſenſum, unde taciturnitas nihil operatur. *l. omnes.* §. *in hac. C. de epiſc. & cler.*

Secundo adverſatur *l. penult. ff. de furt.* ubi dicitur, ſi quis præſens ſit, & taceat, quando res ſua furto aufertur, tantum abeſt, ut conſenſiſſe videatur, ut etiam habeat furti actionem, ac ſi res eo invito eſſet contrectata. Reſp. Hoc odio furum ſpecialiter eſt receptum, qui quod tacuit dominus, objicere, & ſic propriam turpitudinem allegare non debuerunt. *Peck. ad c. qui tacet. de R. J. in* 6.

Tertio & ultimo objicitur, quod variis in locis juris deciſum extat, quod invitus cenſeatur, qui expreſſe non conſentit. Sic in conſtitutione procuratoris, pro invito habetur, qui ſcit ſe dari procuratorem, & tacet, licet expreſſe non contradicat. *l.* 8. §. *invitus.* 1. *ff. de procur.* Item in ſervitute imponenda ille cenſetur invitus, non ſolum qui contradicit, ſed etiam qui tacet, & expreſſe non conſentit. *l. invitum.* 5. *ff. de ſerv. urb. præd.* Ergo taciturnitas non ſemper inducit conſenſum. Reſp. Quando agitur de perſona alicujus obliganda, in dubio tacens non videtur conſentire, puta, ut quis aſſumat procuratoris officium. Vel quando hoc agitur, ut res ſua alteri ſerviat, tacens non præſumitur conſentire. *gl. in d. c. qui tacet.* Quod tamen fallit, ſi agatur de favore pupilli vel reipub. Si enim patre præſente & tacente filius creatur decurio, pater obſtringitur pro geſtis filii, tanquam fidejuſſor. *l.* 2. *ff. ad municip.* Sic etiam favore pupilli obligatur fidejuſſor, qui patitur nomen ſuum actis inſcribi. *d. l.* 3. §. *ult.* Notanda denique eſt in hac quæſtione, an tacens habeatur pro conſentiente, hæc communis & recepta DD. diſtinctio. Aut actus tendit ad utilitatem tacentis, & tunc tacens cenſetur conſentire. *l.* 2. §. *voluntatem.* 2. *ff. ſolut. matr.* Aut actus tendit in damnum tacentis, & tunc non habetur pro conſentiente. *l. invitum.* 5. *ff. de ſerv. urb. præd.* niſi favore reip. *l.* 1. *C. de decur.* & ibi *Bart.* Hanc diſtinctionem approbat *Coſtal.* in ſuis *adverſariis ad l. ſi filiusfam.* 16. *ff. de SC. Maced.*

ASSERTIO XCV.

Infamibus porta dignitatum non patent.

TAnta eſt famæ dignitas & auctoritas, ut infames a reipub. muneribus arceantur, eoſque tantum gubernationi adhiberi expediat, qui illæſam & integram famam conſervarunt; ſcilicet ut notatis & famoſis, quos ſcelus aut turpitudo vitæ inquinat, & quos infamia ab honeſtorum cœtu ſegregat, dignitatis portæ non pateant. *l.* 2. *C. de dignitat. c. infamibus. de R. J. in* 6.

Adverſatur primo quod *Ulpianus* reſpondet *in l. generaliter*. 3. §. *ult.* & *penult. ff. de decur.* ubi ſpurios, & eos qui Judaicam ſuperſtitionem ſequuntur, ad dignitatem admittit. Reſp. Tum demum hi admittuntur, ſi aliorum ingenuorum & bene natorum civium ſit defectus; ſicut & aliquando domeſtici & ſervi, & alias inhabiles admittuntur in teſtes, quando aliarum probationum non eſt copia. *l. conſenſu.* 8. §. *ſervis etiam.* 6. *C. de repud.* Præterea ſpurii infamia juris & facti non recte dicuntur notati, quæ oritur ex improbis moribus, ſed tantum propter culpam parentum aliquid illis maculæ inhæret, quod eos ab aliis diſcriminat. *Palaot. in tract. de ſpuriis. c.* 55. & ſeq.

Secundo objicitur, quod idem *Ulpianus* reſpondet, *parvi referre, integra fama quis arbiter ſit, an ignominioſus. in l. Pedius.* 7. *ff. de recept. qui arbit. recep. &c.* Reſp. Arbitri nullam habent dignitatem, cum nudam tantum & ſimplicem habeant cauſarum cognitionem, nullam vero juriſdictionem exerceant,

Tertio repugnat, quod dicitur in §. *ult. inſt. de except.* infames poſſe eſſe procuratores. Reſp. Quod munus procuratoris non ſit dignitas, ſed potius onus viliſſimum, a quo non arcentur infames. *l. ſi quis procurationem.* 34. *C. de decur.* Hodie, quia uſu & moribus officium procuratoris, præſertim in majoribus curiis Principum non eſt utile, ſed honorabile, eximium & decorum, infames a procuratorio munere in curiis bene ordinatis arcentur. *Gail lib.* 1. *obſ. c.* 43.

Quarto objicitur, quod *reus criminis delatus, poſt annum quam delatus eſt, honores petere non prohibetur. l. reus.* 7. *ff. de mun. & honor.* Reſp. Ideo poſt annum poteſt petere dignitates, quia ſi intra annum non eſt finita accuſatio, præſumitur delatus eſſe innocens, & præſumtio oritur contra accuſatorem, quod calumnioſe proceſſit ad accuſandum.

ASSERTIO XCVI.

In teſtamentis plenius voluntates teſtantium interpretamur.

HÆC deciſio pro regula ſtatuitur a *Paulo in l.* 12. *ff. de R. J.* Concordat *c. cum dilecti.* 6. *extr. de donat.* ubi dicitur: *In contractibus plena, in teſtamentis plenior, in beneficiis pleniſſima interpretatio eſt adhibenda.* Unde & *Ulpianus* ait *in l. vel negare.* 5. *ff. teſt. quemadm. &c.* quod *publice expediat ſuprema hominum judicia exitum habere.* Exemplum elegans eſt in *l. plenum.* 12. §. *ſed ſi pecoris.* 2. *ff. de uſu. & habit.* ubi dicitur, quod *cui pecoris*, id eſt, ovium *uſus eſt legatus, neque lana, neque lacte, neque agnis utetur; hac enim ſunt in fructu. modico tamen lacte*, quantum ſibi neceſſe eſt, *utetur, quia non ſtricte, ſed liberius & plenius voluntates defunctorum ſunt interpretanda.*

Contra videtur ſtatui apud Ulpianum in *l. nummis.* 75. *ff. de leg.* 3. *Nummis* (inquit) *indiſtincte legatis, hoc receptum eſt, ut exiguiores legati videantur.* Idem probatur in *l. cum ſervus.* 39. §. *ſcio.* 6. *ff. de leg.* 1. Ubi dicitur, ſi quis duos fundos habens ejuſdem nominis, unum legaverit, nec appareat, de quo ſenſerit teſtator, minoris pretii fundum deberi. Ergo ultima voluntas non videtur plene, ſed ſtricte interpretanda eſſe. Reſp. Quod legata prædictis caſibus accipiuntur de exiguiore moneta, vel fundo minoris pretii, hoc eſt ex mente teſtatoris, qui non creditur voluiſſe heredem bifariam gravare; primum videlicet, ut legatum ſolveret, deinde ut majoris pretii rem daret. Legati enim præſtatio plerumque eatenus interpretanda eſt, ut quam minimum oneret heredem. *l. unum ex familia.* 67. §. *ſi rem tuam.* 8. *ff. de leg.* 2. Alioquin legato generaliter relicto laxior fit interpretatio de re medii valoris danda. *l. legato generaliter.* 37. *ff. de leg.* 1. Veriſſimum itaque eſt, prædictam regulam etiam ad legata in teſtamento ſcripta pertinere.

ASSERTIO XCVII.

Id quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt.

HOC generale axioma tradit *Pomponius in l.* 11. *ff. de R. J.* Idem deciditur in *l. cum mandati.* 12. *C. mandat.* Cum enim quilibet ſit rei ſuæ moderator & arbiter. *l. in re mandata.* 21. *C. mandat.* ille effectus, illaque vis dominii eſt, ut quod quiſque ſuum tenet, id ſine facto & voluntate ejus auferri non poſſit. Multa videntur repugnare huic aſſertioni.

Primo

Primo, res communis dicitur mea. *l. ſi quis ſervos.* 74. *ff. de leg.* 3. *l. illud.* 46. *ff. de rit. nupt.* Verum pars rei communis ſine facto & voluntate mea, ab altero ſocio transferri poteſt ad alium. *l. falſo tibi.* 3. *C. de commun. rer. alien.* Reſp. Quod uterque conſortium rem vocat ſuam, quæ pro indiviſo communis eſt, hoc fit populariter, improprie, & abuſive.

Secundo obſtat, quod creditor vendendo pignus transfert dominium ſine facto debitoris. *l.* 1. & 2. *C. debitor. vendit. pign. imped. non poſſe.* Reſp. Etiam hac in parte intervenit factum debitoris, quod meretur rerum ſuarum tranſlationem, & alienationem, quia non ſolvit quod debet. arg. *l. qui non facit.* 121. *ff. de R. J.*

Tertio objicitur, quod res pupilli, quæ ſervando ſervari non poſſunt, alienari poſſunt à tutore ſine decreto magiſtratus, & facto pupilli. *l. lex quæ.* 22. *in fin. C. de adm. tutor. &c.* Reſp. Tutores auctoritate legis loco domini habentur, ideoque cenſetur factum domini in hoc caſu interveniſſe. *l. interdum fur.* 56. §. *qui tutelam.* 4. *ff. de furt.*

Quarto refragatur, quod cum ad executionem ſententiæ faciendam apparitores magiſtratus bona debitoris condemnati vendunt, transfertur dominium, & tamen hic nullum domini factum vel conſenſus intervenit. *l. ſi pignora.* 50. *ff. de evict.* Reſp. Auctoritas magiſtratus, cui præcipiendi jus fuit, ut bona venderentur, loco & vice conſenſus domini eſt. *l. ſi ob cauſam judicati.* 13. *C. de evict.*

Quinto opponitur, quod uſucapio transfert dominium in præſcribentem ſine facto & conſenſu veri domini. Reſp. Et in uſucapione factum domini negligentis rem ſuam a poſſeſſore vindicare, intervenit. Nam & qui permittit rem ſuam uſucapi, intelligitur alienare. *l. alienationis.* 28. *ff. de verb. ſign.*

Ultimo adverſantur, quod Imperator vel Princeps poteſt ex plenitudine poteſtatis alicui privato res ſuas ſine voluntate ſua auferre ex juſta cauſa. *l. item ſi verberatum.* 15. §. 2. *ff. de rei vind. l. Lucius.* 11. *ff. de evict.* ubi dicitur, poſſe agrum alicujus privati à Principe militibus aſſignari, modico honoris gratia poſſeſſori dato. Reſp. Hoc non fit ſine facto noſtro, quoties reipub. defendendæ gratia militibus aliquid aſſignatur. Omnes enim cujuſlibet loci poſſeſſores & ſubditi ſunt obſtricti ad uſus & neceſſitates reipub. Atqui publica utilitas efflagitat, ut militibus in præmium bene navatæ pro repub. operæ ſinguli privatè aliquid conferant; quia eorum opera, vita & bona ſubditorum ab hoſtili impetu defenduntur.

Assertio XCVIII.

Favorabiliores rei, potius quam actores habentur.

HAnc deciſionem pro regula proponit *Cajus in l. favorabiliores. 125. ff. de R. J.* Illud autem principio notandum, favorem hic non ſignificare proclivem, vagum & lubricum hominis affectum, quo nullo diſcrimine habito honeſti vel turpis, juſti vel injuſti, alicui ex favore vel gratia quid indulgetur. Sed intelligenda eſt utilitas quædam juſtitiæ conveniens. Ut favor nihil aliud cenſeri poſſit, quam ipſum jus. Siquidem ipſum jus nihil aliud eſt, quam diſpenſatio utilitatis ſecundum juſtitiæ & honeſtatis regulas, ad tranſigendam hanc vitam civiliter ſecundum Dei voluntatem. *l.* 1. in princ. & §. 1. *ff. de juſt. & jur.* Quæ utilitas favorem in ſe complectitur; nam favere eſt commodum ſeu utilitatem alicujus tueri. Itaque ideo rei conventi actoribus plerumque ſunt favorabiliores, quia plus juris habere præſumuntur, quam actores, & per conſequens æqualitas adminiſtrandæ juſtitiæ actori ſicut reo ſervanda eſt. Quæ regula procedit tam in civilibus quam criminalibus cauſis, per rationem traditam in *l. abſentem. 5. ff. de pœn.* & *l. qui accuſare. 4. C. de edend.*

Sed e contrario videtur, quod actores favorabiliores ſint quam rei. Si enim reus fidejuſſorem dederit judicio ſiſtendi cauſa, nec conventum ſit de die, quo ſiſti debeat, erit in poteſtate actoris diem conſtituere, quo ſe ſiſtere reus debeat. *l. de die. 8. ff. qui ſatiſd. cog. &c.* Item actoris eſt interpretatio, ſi utatur intentione vel oratione ambigua: accipiendum eſt enim id, quod ei utilius videtur. *l. inter ſtipulantem.* 83. §. *ſi Stichum.* 1. *ff. de V. O. l. ſi quis intentione. 66. ff. de judic.* Reſp. In conſtituendo ſeu ordinando judicio, plus favetur actoribus quam reis, ut ad proſecutionem juris ſui viam habeant late patentem. Quo ſpectant, quæ de die ſatiſdationis & interpretatione libelli dicta ſunt. Verum in exitu judicii ſeu decidenda lite, plures ſunt rationes, propter quas rei cenſeantur favorabiliores actoribus, ſcilicet in dubio, hoc eſt, cum neutrius litigatoris jus eſt judici cognitum, vel legitimis probationibus, vel conjecturis perſpectum. Rationes autem ſunt hæ, primo quod actor voluntarius, paratus & inſtructus in judicium prodit, reus e contra coactus & invitus in judicium pertrahitur, ideoque æquum eſt reum potius quam actorem ſublevari. *l. qui in alterius.* 42. in fin. *ff. de R. J. l. pure. 5. §. ult. ff. de except. doli mali & metus.*

Secundo leges ob benignitatem naturæ conſentaneam, proniores ſunt ad liberandum quam ad obligandum. *l. Arrianus. 47. ff. de obl. & act. Satius eſt enim* (ut Trajanus Imp. reſcripſit) *impunitum*

tum relinqui facinus nocentis, quam innocentem condemnari. l. abſentem. 5. ff. de pœn. Hinc deciſum eſt, quod actore non probante, reus etſi nihil præſtiterit, nihil probaverit, nihil pro ſe allegaverit, ſit abſolvendus. *l. qui accuſare. 4. C. de edend.* Hinc & conſtitutum eſt, quod in criminalibus cauſis, niſi meridiana luce clariores probationes adferantur, reus ſit liberandus. *l. ult. C. de probat.* Hinc etiam inter pares judicum ſententias, ſi forte diſſonæ proferantur, ea prævalere debet, quæ pro reo facit. *l. inter pares. 38. ff. de re jud.* Deinde in probationibus dubiis, & teſtimoniis hinc inde paribus, favorabiliores ſunt rei quam actores. Unde in cauſa dubia, quando pares ſunt probationes, reo potius, quam actori defertur jusjurandum. *l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Hæc regula non procedit in cauſis favorabilibus, puta ſi agatur de libertate, pro dote, & matrimonio, item pro teſtamento. Tunc enim in dubio plus favetur actori, quam reo. *l. in ambiguis. 85. ff. de R. J. l. inter pares. 38. ff. de re jud. l. ſi pars. 10. ff. de inoff. teſt.*

ASSERTIO XCIX.

Semper in obſcuris, quod minimum eſt, ſequimur.

REgulam hanc proponit *Ulpianus in l. ſemper. 9. ff. de R. J.* Concordat. *c. in obſcuris. extr. de R. J. in 6. l. qui concubinam. 29. §. 1. ff. de leg. 3. l. ſi ita ſit adſcriptum. 14.* in fin. *ff. de leg. 1.* dum dicit: *exiguius legatum eſſe præſtandum. l. ſi ita relictum. 43. §. quod ſi ita. 1. ff. de leg. 2.* ubi dicitur, *minor pars eſt accipienda, quæ venit in legato.*

Sed refragatur, quod non extremum, quale eſt maximum, vel minimum, ſed medium potius eligendum cenſetur. Sic *Paulus in l. antiqui. 3. ff. ſi pars hered. pet.* inquit: *Prudentiſſimi juris auctores medietatem quandam ſecuti ſunt.* Idem affirmatur in *§. ult. inſt. quib. ex cauſ. manum. non lic.* & *§. cum ex aliena. 25. inſt. de rer. diviſ.* Reſp. Quando manifeſta ratio humanitatis, ut nemo lædatur, requirit alterum extremum, hoc eſt, maximum vel minimum, tunc utrunque caret vitio, & accedit ad virtutem, quæ nimia eſſe non poteſt. Quo caſu accipienda eſt hæc regula. Cæterum ubi obſcuritas in utranque partem, vel maximam vel minimam, lædere poteſt contra æquitatem, ibi retinendum eſt medium.

Secundo adverſatur, quod in dote promiſſa ſine certa quantitate, non ſequamur minimum, ſed dotis quantitas pro modo facultatum promittentis, & dignitate mariti ſtatuenda eſt. *l. quæro. 60. l. cum poſt. 69. §. gener a ſocero. 4. ff. de jur. dot.* Reſp. Non valet hoc caſu argumentum a legato vel ſtipulatione ſpeciei, vel quantitatis incertæ ad dotem. Quia in dote ſunt nonnulla, ex quibus

licet mutuari interpretationem quantitatis in dote conſtituenda. Dos enim promiſſa, licet in genere & indefinite promiſſa ſit, pro modo facultatum patris, ſive promittentis, & dignitate mariti conſtitui debet. *d. l. cum poſt.* §. *gener. l. 3. C. de dot. promiſſ.* In legato autem vel ſtipulatione, ubi non eſt expreſſa certa quantitas, ceſſat omnis conjectura. *l. triticum.* 94. in fin. *ff. de verb. obl.* Plane illud obſervandum, quod ſi illud quod debetur, in re minima non habeat utilitatem, tunc res mediocris eſt præſtanda. Sic homine legato, neque optimus, neque peſſimus ſervus debetur, ſed mediocris præſtandus. Neque enim viliſſimum ſervum habere expedit. *l. legato.* 37. *ff. de leg.* 1. *l. ſi quis argentum.* 35. §. *ſimilique modo.* 2. *C. de donat.*

ASSERTIO C.

Quod initio vitioſum eſt, non poteſt tractu temporis convaleſcere.

PAulus JC. hanc regulam adſtruit *in l. quod initio.* 29. *ff. de R. J.* Concordat *l. penult. ff. eod.* ubi Licinius Rufinus pro regula ſtatuit, quod *quæ ab initio inutilis fuit inſtitutio, ex poſt facto convaleſcere non poteſt.* Exempla ſunt de marmore domui injuncto. *l. cætera.* 41. §. *tractari.* 2. *ff. de legat.* 1. de rebus extra commercium poſitis. *l. interſtipulantem.* 83. §. *ſacram.* 5. *de V. O.* Ratio regulæ eſt, quia ſicut tempus non eſt modus inducendæ vel tollendæ obligationis. *l. obligationum.* 44. §. 1. verſ. *placet. ff. de obl. & act. l. ſi certis annis.* 28. *C. de pact.* ita nec confirmandæ. *l. ſi minor.* 4. *ff. de ſerv. export. &c. c. non firmatur. de R. J. in* 6.

Opponitur, quod donationes inutiles, & alii contractus a magiſtratibus vel adminiſtratoribus juſtitiæ prohibiti, convaleſcunt. *l. unic.* §. 1. *C. de contract. jud. &c.* Reſp. Tales contractus judicum, non ſolum tempus, ſed auctoritas Principis, vel ſubſecutus & repetitus privatorum conſenſus defendit, & per ratihabitionem confirmatur. arg. *l.* 1. & 2. *C. ſi maj. fact. rat. hab.* Sic etſi bona minoris ſine decreto judicis alienata ſint, licet non valeat alienatio, ſi tamen poſtea major 25. annis ſilentio eam confirmet per quinquennium, vel expreſſa comprobatione alienationem ratam habeat, valebit alienatio. *l. ult. C. ſi maj. fact. alien. fact. ſine decr. rat. hab.* Regula ergo prædicta accipienda eſt, quod ſolo tractu temporis actus ab initio nullus vires non ſumat, niſi nova aliqua cauſa ſuperveniat, quæ actum confirmet.

Secundo opponitur *l.* 1. §. *ſed ſi filiusfam.* 1. *ff. de leg.* 3. ubi dicitur ſi filiusfam. reliquerit fideicommiſſum, initio non valet; ſed tamen eodem in eadem voluntate perſeverante & ſui juris poſtea mortuo, fideicommiſſum debetur. Reſp. Regula, ut jam

dictum

dictum eſt, accipienda eſt, quando inutilitatatis cauſa perdurat. Tunc enim non poteſt inſtitutio inutiliter facta convaleſcere. Cæterum ſi inutilitas vel impedimentum ceſſat, & inſtitutio redit ad juſtam cauſam, tunc convaleſcit ex mutatione cauſæ.

ASSERTIO CI.

Feudum antiquum, propter delictum in extraneum perpetratum, amiſſum, devolvitur ad collaterales agnatos propiores gradu.

EX gravi crimine, quod vaſallus contra extraneum committit, ut eſt parricidium, proditoria cædes, feudum amittitur, quia ſequente illum abominabili infamia, non poteſt in curia domini ſtare, aut ſervitia præſtare. *c. 1. an ille qui interfec. fratr. domin. ſui. feud. amitt. lib. 2. feud. tit.* 37. Feudo autem hoc modo amiſſo, privatur vaſallus eo, & filii, aliique ex eo deſcendentes, quia in iis hereditarii criminis exempla metuuntur; reditque vetus feudum ad agnatos, non ad dominum. §. *penult. qua fuit prim. cauſ. beneſ. amitt. lib. 2. feud. tit.* 24.

Sed ardua & inſignis eſt quæſtio, ad quos agnatos, & intra quem gradum propter delictum in extraneum admiſſum feudum perveniat. In hac quæſtione extant duæ diverſæ opiniones. Prima eſt dura & abſurda, rationi & æquitati non conveniens, quod ſcilicet hoc caſu feudum ſolum ad agnatos, qui quarto gradu ſunt, & non intermedios perveniat: frater igitur & fratris filius ipſius delinquentis excluduntur, quamvis nihil admiſerint. Ad hoc allegant textum in *c. ſi vaſallus culpam, ſi de feud. def. content. ſit inter domin. & agnat. vaſall. lib. 2. feud. tit.* 26. Per hunc textum probari videtur hæc opinio, quam ſequuntur ibidem Jacob. de Beluiſo, Mart. Lauden. & Baldus. Approbat quoque *Zaſius in epitome feudor. part.* 10. *num.* 104. & *Curtius in tract. feudor. part.* 4. *num.* 11. addens cogitandum eſſe: negari enim non poſſe, prædicta jura hanc ſententiam urgentiſſime probare, nec ſe videre, quomodo iſtis poſſit realiter reſponderi. Allegatur etiam pro hac parte textus in *c.* 1. *verſ. ſimiliter. quib. mod. feud. amitt. lib.* 1. *feud. tit.* 5. denique textus in *c.* 1. *ſi vaſall. feud. privet. cui deferat. lib.* 2. *feud. tit.* 31. qui videntur hanc ſententiam probare.

Sed contrariam opinionem, quod hujuſmodi caſu feudum delinquentis ad proximiorem agnatum, etiam intra quartum gradum, & ſic ad fratrem delinquentis pertineat, quando videlicet paternum fuerit, probant textus rotundi & manifeſti.

Primo textus in *in c. penult. qua fuit prim. cauſ. beneſ. amitt. lib.* 2. *feud. tit.* 24.

Secunda eſt text. in *c. unic. an ille qui interfec. fratr. domin. ſui,*

feud. amitt. lib. 2. feud. tit. 37. Qui textus non de agnato in quarto gradu, ſed de proximiori juxta graduum computationem manifeſte diſponunt. Hanc opinionem ſequuntur *Gl. Alvarot. Matth. de Afflict.* in allegato *c. ſi vaſallus culpam.* Idem ſenſit Andr. de Iſernia feudiſtarum auriga. Approbant ex recentioribus Baro & Cujacius.

Tertio hæc opinio pro ſe habet naturalem æquitatem, quæ eſt, quod pœna non ſit extendenda ad eos, qui nihil deliquerunt: nemo enim alieno odio prægravari debet.

Adhærendo igitur huic poſtremæ opinioni, non obſtant ea, quæ ſupra pro prima opinione allegata ſunt.

Et primo ad textum *c. ſi vaſallus culpam.* Alvarot. reſpondet, iſtum textum procedere circa tempora vetuſtiora, quibus agnati in quarto gradu excludebantur a ſucceſſione feudi proximioris agnati. *tit.* 8. *de ſucceſſ. feud. lib.* 1. *feud.* Dubitabitur ergo in caſu iſtius *c.* quo deliquens habebat agnatos quarti gradus, & non intermedios ſeu proximiores, an feudum ad eos pertinere debeat: jure enim antiquo excludebantur. Hoc dubium removet textus, & admittit agnatos etiam quarti gradus, quia tunc non erant proximiores; ſed per hoc agnatos intermedios ſeu proximiores textus nequaquam excludit.

Secundo non obſtat textus *c.* 1, *verſ. ſimiliter. quib. mod. feud. amitt. lib.* 1. *feud. tit.* 5. quia Gl. Bald. Præpoſ. & Affl. ibi verba textus *fratrem ſuum* interpretantur de fratre domini proditorie occiſo: tunc enim ad dominum feudum revertitur, ut eſt textus in *c.* 1. *an ille qui interfec. frat. dom. &c. lib.* 2. *feud. tit.* 37. Alias ſi vaſallus proprium fratrem occiderit, feudum ad proximiorem agnatum, non ad dominum pertinebit, ut Gl. iſtic admonet. Præterea And. de Iſernia ibi textum hunc intelligit de feudo novo, quod etiam hujuſmodi caſu domino aperitur ob delictum vaſalli.

Tertio non obſtat textus in *c.* 1. *ſi vaſall. feud. priv. &c. lib.* 2. *feud. tit.* 31. nam ibi etiam de jure antiquo ſtatuitur, quod agnati admittantur uſque ad quartum gradum. imo hodie uſque in infinitnm, ſi a primo acquirente deſcendant; ſed intermedii proximiores ſi adſuerint, minime excluduntur. Et ſic hæc poſterior ſententia de jure æquior & verior videtur.

FINIS.

SOLI DEO GLORIA.

EVER.

EVER. BRONCHORSTII

DAVENTRIENSIS JC.

CENTURIÆ II.

MISCELLANEARUM

JURIS CONTROVERSIARUM,

ſive

ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ

&

CONCILIATIONES EORUNDEM.

Digitized by Google

Digitized by Google

ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ

SEU

MISCELLANEARUM

Assertionum Controversarum Juris Centuria Prima.

Assertio I.

Princeps jus alicui quæſitum ſine cauſa auferre non poteſt.

QUæritur, an Princeps ex certa ſcientia & plenitudine poteſtatis poſſit jus alicui quæſitum vel bona & facultates alicujus ſubditi auferre. Et verior eſt ſententia, Principi id non licere, idque ex vulgata juris regula *l. id quod noſtrum.* 11. *ff. de R. J.* Eadem ſententia confirmatur per *l.* 2, 3. & 7. *C. de prec. Imp. off. l. ult. C. ſi contra jus vel util. publ. &c. l.* 10. *C. de SS. eccl. l. ult. C. de locat. præd. civil. & fiſc. &c. c.* 1. *lib.* 1. *feud. tit.* 7. *de natur. feud. l. quod ſemel.* 5. *ff. de decret. ab ord. fac. l.* 5. §. *ſi tamen.* 5. in fin. *ff. de injur.* Præterea hæc ſententia confirmatur teſtimonio ſacræ Scripturæ. Sic enim Naboth juſte feciſſe dicitur, quod Regi Achabo vineam ſuam emere volenti concedere noluerit. Nam rex contra legem Dei hoc poſtulabat, qua cavebatur, ut agri & poſſeſſiones in Iſraëlitico populo, juſta diſtributione diviſæ, manerent in cujuſque familia. 1. *Reg.* 21.

Tria argumenta contra hanc deciſionem adferuntur. Primum eſt ex *l.* 3. *C. de crim. ſacrileg.* ubi dicitur ſacrilegii inſtar eſſe, diſputare de principali judicio. *Reſp.* Illa lex ita accipienda eſt, quod

Digitized by Google

diſputare de Principis voluntate & judicio non oportet, ſi forte elegit aliquem ad aliquod munus, qui videtur eſſe indignus, attamen de poteſtate principis diſputare non eſt prohibitum. Præterea illa lex non decidit, quæ ſit poteſtas Principis in privatorum ſeu ſubditorum bonis & facultatibus transferendis, ſed tantum de honoribus & muneribus publicis diſtribuendis tractat, & de magiſtratibus eligendis agit, quorum cura & poteſtas ad ſolum Pricipem ſpectat. *l.* 1. *ff. ad leg. Jul. amb.*

Secundum argumentum depromitur ex *l.* 1. *ff. de conſt. Princ.* ubi dicitur, *quod Principi placuit, legis habet vigorem.* Itaque Principis voluntas pro ratione eſt, & legis habet vigorem. Reſp. Eatenus principis voluntas eſt ſequenda, quatenus legibus, naturæ, & rectæ rationi non repugnat. Atqui contrarium eſt jure gentium, (quo dominia rerum ſunt diſtincta) dominium alicui legitime teſtamento vel contractu quæſitum ſine juſta cauſa auferre. *l. ex hoc jure.* 5. *ff. de juſt. & jur.*

Tertium argumentum tale eſt: Princeps dicitur dominus totius mundi, & lex maris, id eſt, totum orbem terrarum legibus ſuis regit & gubernat. *l. deprecatio.* 9. *ff. de l. Rhod. de jact. l. bene a Zenone.* 3. *C. de quadr. praſcr.* Ergo res privatis & ſubditis ſine cauſa auferre poteſt. Reſp. Imperator eſt mundi dominus, quantum ad juriſdictionem & protectionem, non quantum ad dominium rerum privatarum. Pulchre Seneca: *Omnia Princeps poſſidet, imperio; at ſinguli, dominio.* Confirmat hanc ſententiam pluribus argumentis, legibus & rationibus *Fachin. lib.* 8. *controverſ. jur. c.* 63. Porro ſuperior deciſio cum tali reſtrictione eſt temperanda, quod Princeps poſſit ex cauſa publicæ utilitatis vel neceſſitatis, privatis jus ſuum auferre. Sic poteſt Princeps domum ſubditi, civitatis mœnibus nimis vicinam, unde vel incendium vel hoſtiles inſidiæ metuuntur, jubere demoliri, item ſuburbia deſtruere, ne hoſtis eo ſe recipiat, denique fundum urbi propinquum pro dilatandis foſſis aut pomœriis civitatis, aut extruendis propugnaculis occupare. per *l. ſi quando.* 9. *l. adificia.* 14. *C. de oper. publ.* Quo tamen caſu Princeps auferens rem privati, tenetur ad ſolutionem juſti pretii. *l. venditor.* 13. §. *ſi conſtat.* 1. *ff. comm. prad. &c. l.* 2. *C. in quib. cauſ. ſervi pro pram. libert. accip.* Vide *Gail. lib.* 2. *obſ. c.* 55.

Quarto & ultimo opponitur. *l.* 2. §. *ſi quis a Principe.* 16. *ff. ne quid in loc publ. vel itin. fiat.* ubi dicitur, Principem poſſe concedere, ut quis cum privati alicujus incommodo in publico ædificet. Reſpondeo: Hoc intelligendum eſt, cum Princeps id facit ob juſtas cauſas. Nam ſine juſta cauſa non debet, nec ſolet Princeps aliquid concedere, ex quo alter lædetur. Vide latius de hac quæſtione *Menoch. de arbitr. jud. cent.* 1. *quaſt.* 48.

ASSER-

ASSERTIO II.

Princeps ex contractibus cum ſuis ſubditis initis obligatur.

PRinceps pacta & contractus cum ſubditis initos ſervare tenetur. ex iiſque efficaciter obligatur. textus ſunt in *l. Caeſar.* 15. *ff. de publican. & vectigal. & commiſſ.* & *c.* 1. *extra. de probat.* Hanc ſententiam defendunt *Bart. ad l. digna vox C. de legib.* & *Weſemb. in parat. ff. de conſt. Princ.* Porro tenetur Princeps ex contractibus cum ſubditis initis, non ſolum naturaliter, ſed etiam civiliter & efficaciter: ne alioqui omni commercio exuatur, nullis cum eo contrahere volentibus, utpote metuentibus, ne fidem ſemel datam violet. Conſtant namque contractus arithmetica proportione, quæ in commutatione commerciorum æqualitatem plane exigit; neque conſiderat, an aliquis Rex vel ſubditus ſit, dives vel pauper, ſed vult omnes contractus ultro citroque obligare æqualiter, & ideo contractus non debent claudicare. *l. Labeo.* 19. *ff. de V. S. l. cum emptor.* 5. *ff. de reſcind. vend.* Quin imo Princeps, quo major & potentior eſt ſubditis, eo plenius & efficacius ad fidem in conventionibus ſervam adſtringitur. Nihil enim eſt, quod lumine clariore præfulgeat. quam recta fides in principe. *l. inter claras.* 8. *C. de ſumm. trin. & fide cathol.* Eandem ſententiam confirmat *l. penult. C. de donat. int. vir. & ux.* ubi dicitur, quod contractus, qui celebrantur cum Principe vel Imperatore, habent vim legis. Hinc *Bald. in c.* 1. *de natur. feud.* Cœleſtinum Quintum Pontificem inſcitiæ arguit, qui mane beneficia dabat, & veſperi revocabat, & dicit eum fuiſſe *unum pecus.* Præterea omnes contractus qui a Principe ineuntur, habent naturam bonæ fidei. *Bald. ad c.* 1. §. *ſi quis. de pac. Conſtant.* Inde refert *Sueton. in vita Auguſti*, cum Pop. Romanus promiſſam liberalitatem congiarii repoſceret, Auguſtum reſpondiſſe, *ſe bonæ fidei eſſe.*

Sed vehementer obſtat *l. Princeps.* 31. *ff. de legib.* ubi ſtatuitur, quod *princeps ſolutus eſt legibus.* Ergo neque pactis aut conventionibus cum ſuis ſubditis initis ſtare tenetur. Reſp. Non omnibus legibus ſolutus eſt Princeps, ſed tantum legibus civilibus, vel potius ſolennibus, quæ videlicet reſpiciunt ſolennia judiciorum, contractuum, vel teſtamentorum. *l. omnium.* 19. *C. de teſtam. l. adoptio.* 38. *ff. de adopt. l. qui in provincia.* 57. §. 1. *ff. de ritu nupt.* Verum legibus naturæ & juris gentium Princeps non eſt exemtus. *l.* 2. §. 1. *ff. de rebus eor. qui ſub tut. l. digna vox.* 4. *C. de legib.* Ergo & pacta ſervare tenetur, quia pacta & contractus ſunt jure gentium introducta. §. *penult. inſt. lib.* 1. *tit.* 2. *l. ex hoc jure.* 5. *ff. de juſt. & jur.* Licet itaque Princeps ſolutus ſit legibus, non tamen dictamine

rationis naturalis, & lege naturæ, quia & Princeps eſt animal politicum, & rationis particeps. *Bald. ad l.* 2. *C. de ſerv. & aqua.* Nec quicquam magis convenit æquitati naturali, quam ea quæ inter contrahentes placuerint, ſervare. *l.* 1. *ff. de pact.* quia alioquin grave eſt, fidem fallere. *l.* 1. *ff. de conſt. pecun.*

Secundo adverſatur deciſioni *l. penult. C. de donat. inter vir. & ux.* ubi expreſſe ſancitur contractus vel donationes principis vicem legis obtinere. Unde colligi videbatur principem ex ſuis contractibus non obligari, quia cui poteſtas eſt condendæ legis, ejus eſt & abrogandæ. arg. *l. quod juſſit.* 14. *ff. de re jud.* Reſp. quod ibi dicitur, contractus Principis vim legis obtinere, hoc ita intelligendum eſt, quod ſicut contractus Principis, ita & teſtamentum pro juſto & legitimo habeatur, etiamſi Princeps in iis non obſervaverit omnes ſolennitates a legibus requiſitas. Hinc licet donationes inter virum & uxorem jure civili non valeant, tamen valent inter Principem & Auguſtam. Similiter & donatio a Principe facta, licet excedat ſummam 500. aureorum, tamen valet abſque inſinuatione. Ita erudite & eleganter tradit *Cujac. lib. obſ.* 26. *c.* 35. Vide latius & plenius de hac quæſtione differentem *Sichard. ad l. ex imperfecto.* 3. *C. de teſtam. Petr. Gregor. lib.* 7. *de repub. c. ult. num.* 27. & 28.

Assertio III.

Reſcripto Principis poteſt alicui concedi dilatio temporalis, peremptoria vero exceptio concedi aut remitti non poteſt.

Princeps poteſt reſcripto ſuo alicui concedere exceptionem ſeu dilationem temporalem; at vero exceptionem peremptoriam, quæ jus alterius partis omnino tollit & infringit, concedere nequit. textus eſt in *l.* 2. *C. de precib. Imp. off.* Exemplum prioris partis eſt, ſi quando Princeps concedat alicui debitori egeno inducias quinquennales, ne interea a creditoribus conveniatur, & ut ſpacium aliquod habeat ad pecunias comparandas, quod Princeps licite facere poteſt. textus ſunt in *l. univerſa.* 4. *C. de precib. imp. off. l. ult. C. qui bon. ced. poſſ.* Ratio decidendi prioris partis eſt, quia hæ dilationes conceduntur ſine gravi diſpendio adverſæ partis: in mora enim modici temporis non ſolet magnum eſſe damnum. *l. ſi debitori.* 21. *ff. de judic.* & quod differtur, non aufertur. Ratio deciſionis poſterioris partis eſt, quia Princeps non poteſt jus vel dominium alicui privato quæſitum auferre, niſi ex juſta cauſa, & propter utilitatem publicam, quo tamen caſu debet illi juſtum & ſolitum pretium offerre: *l. item verberatum.* 15. §. 1. *ff. de rei vind. l. venditor.* 13. §. 1. *ff. comm. præd. Caſtrenſ. ad d. l.* 2. Ad hæc Princeps

ceps non poteſt in gravem alterius injuriam beneficia alicui concedere. *l. nec avus. 4. C de emanc. liber.* & ibi *gloſſ.*

Sed vehementer obſtat huic deciſioni *l. ſi a te. 7. C. de pact. int. empt. & vend. compoſ.* ubi pactum erat interpoſitum inter venditorem & emtorem, ut ſi venditor intra certum tempus offerat pretium emtori, quod tunc res eſſet inempta: in hoc caſu deciditur dilationem huic pacto adjectam non poſſe remitti reſcripto Principis. Ergo dilatoria exceptio reſcripto Principis concedi aut remitti nequit. Reſp. In ſpecie iſtius legis, venditor qui poſtulat ſibi poſt diem conſtitutum licere pretium offerre emtori, hoc agit, ut ſibi venditionem ſemel contractam reſcindere liceat, quo caſu non dilatoriam, ſed peremptoriam exceptionem ſibi remitti poſtulat, quia offerendo pretium poſt tempus in pacto venditioni adjecto expreſſum, vult a tota venditione recedere. Ita reſpondet *Cujac. lib. obſ. 2. c. 10. Anton. Fab. in error. pragmat. decade 25. error. 3.*

Secundo adverſatur *l. militem. 7. C. de procur.* ubi ſtatuitur, quod exceptio dilatoria, qua miles repelli poteſt a munere procuratoris, non poteſt tolli reſcripto Principis. Reſp. Ideo hæc procuratoria exceptio reſcripto Principis remitti non poteſt, quia repugnat utilitati publicæ, ut miles ſit procurator, primo quia hoc modo ab armorum occupatione milites avocantur, deinde milites conſtituti procuratores, propter armorum atrocitatem, & minarum terrores eſſent infeſti & iniqui adverſariis. *l. milites. 13.* & *l. ult. C. locat. & conduct.*

ASSERTIO IV.

Juſte & licite Chriſtianis ſervos habere conceditur.

QUod Chriſtianis licitum ſit habere & poſſidere ſervos, evidenter probatur ex prima origine & inſtitutione ſervitutis. Originem autem ſuam & initium ſervitus ex bellis accepit. Nam cum olim Imperatori exercitus liceret hoſtes in juſto & legitimo bello captos jure belli occidere, ſumma humanitate introductum eſt, ut quos occidere licebat, eos captivos tenere, & ſervituti vel miniſterio ſuo ſubjicere poſſent, ut operis eorum uterentur. §. 1. *inſtit. de jur. perſon. l. pupillus. 239. §. ſervorum. 1. ff. de V. S.* Hinc *ſervi a ſervando dicti ſunt, quia imperatores captivos vendere, ac per hoc ſervare, nec occidere ſolent. l. 4. §. penult. ff. de ſtat. hom.* Quin & jure divino licitum fuit ſervos in dominio & poteſtate ſua tenere & poſſidere. Nam *Exod. 21. verſ. 2.* & 7. traditur, quod licuit homini ſeipſum & liberos vendere, atque in ſervitutem detrudere, cum ad paupertatem eſſet redactus: quo loco adjicitur *verſ. 2. Si quis emerit ſervum Hebræum, ſex annis ſerviet domino ſuo; ſeptimo autem anno egredietur liber gratis.* Idem confirmatur

Levit.

Levit. 25. *verſ.* 39. ubi admittitur ſui ipſius venditio propter inopiam. Sic Ægyptii vendunt ſe Regi Pharaoni ob extremam famis neceſſitatem, totoſque ſe illius poteſtati & dominio ſervili, jure proprietatis ſubjiciunt. *Geneſ.* 47. Huc accedunt exempla veteris & novi teſtamenti, quæ oſtendunt ſervos etiam licite a dominis fuiſſe poſſeſſos, ſicut de Agar ancilla *Geneſ.* 13. legitur, & de Oneſimo ſervo in *epiſtola Pauli ad Philemonem* oſtenditur.

Objicitur primo huic deciſioni, quod ſervitus eſt contraria legi naturæ, ideoque tanquam repugnans juri naturali improbanda cenſetur. Quod probatur ex eo, quod omnes homines ab initio & jure naturali liberi ſint conditi. *l. manumiſſiones.* 4. verſ. *quæ res. ff. de juſt. & jur.* Secundo confirmatur hoc ex definitione ſervitutis tradita in *l.* 4. §. 1. *ff. de ſtat. hom.* ubi *ſervitus* definitur, quod *ſit conſtitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur.*

Secundo adverſatur locus *Deuteron.* 15. *verſ.* 12. ubi Deus præcepit Iſraëlitis, ut domini ſervos ſuos ſeptimo anno, poſtquam ſex annos ſervierint, manumittant, & libertati reſtituant. Ergo non voluit eſſe ſervos ſeu mancipia. Ad primam objectionem reſpondetur, quod ſervitus contraria ſit humanæ naturæ, integræ quidem, ſed non lapſæ & peccatis corruptæ. Nam propter intractabilitatem & malitiam hominum coërcendam ſervitus eſt introducta, tanquam juſta pœna peccati, ut hoc freno & jugo ſervitutis improbi homines bello juſto & legitimo devicti, & in poteſtatem hoſtium redacti coërcerentur. Imo miſericordia & humanitas magna fuit eos ſervare, & clementi ſervitio ſubjicere, quos jure belli occidere licebat.

Secundæ objectioni reſpondetur, quod cum apud Judæos ſervi dominis ſuis per ſexennium operas & ſervitia exhibuiſſent, Deus conceſſit illis hoc beneficium, ut tot annorum ſervitia tanquam mercedem ſeu compenſationem datæ libertatis domino imputarent. Porro ſervi illi apud Judæos non tanquam ſervi, ſed potius ut mercenarii habebantur, & a dominis ſuis detinebantur, qui operas ſuas pro mercede dominis ſolent elocare. Neque licebat dominis ſervos durius tractare, & inhumaniter aut inclementer eis imperare faſtu & dominatu ſuperbo. *Levitici.* 25. *verſ.* 39. Vide latius differentem de hac propoſitione, quod Chriſtianis ſervos juſte retinere & poſſidere liceat, *Martyrem in loc. comm. claſſ.* 4. *cap.* 19. *Urſin. lib.* 2. *exercitat. Theologicarum, quæſtione* 54. & 55. ubi omnino hanc ſententiam defendunt & amplectuntur. Poſtremo notandum, quod (ut quidam opinantur) primam originem ſervitus ab ebrietate accepit. Sic enim *Ambroſius in libro de Elia & jejunio, c.* 5. ſcriptum reliquit: *Manebat antequam vinum inveniretur, omnibus inconcuſſa libertas: nemo ſciebat a conſorte natura ſua obſequia ſervitutis exigere. Non eſſet hodie ſervitus, ſi ebrietas non fuiſſet,*

Digitized by Google

fuiſſet. Vide *Ariſt. lib.* 1. *Polit. c.* 3. & 4. & ibidem annotationes Giphanii, ubi multis ſolidis argumentis & rationibus probat, quod inter Chriſtianos licita & permiſſa ſit ſervitus. Ubi notat etiam, ad reprimendas ſeditiones utiliſſimam eſſe ſervitutem, quarum ſeditionum cauſa plerumque ſolet eſſe æs alienum & inopia. Sic & traditur optimum fuiſſe conſilium Moyſis, ut qui inopia laborarent, vel ære alieno premerentur, ne res novas moliantur, creditoribus vel ſerviendo ſatisfaciant ad tempus, vel in perpetuum, pro debiti magnitudine.

ASSERTIO V.

Riparum uſus publicus eſt, ſed proprietas illarum eorum eſt, quorum prædiis hærent.

R*Iparum uſus publicus eſt jure gentium, ſicut fluminis: ut naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum ſit.* At proprietas earum eſt illorum, qui prope ripas prædia poſſident. *l. riparum.* 5. *ff. de rerum diviſ.* §. *riparum.* 4. *inſt. eod.* Hinc cuivis in ripa ædificare non licet; & qui in ripa fluminis ædificat, id non facit ſuum, ſed ædificium domino ripæ cedit, cujus eſt ſolum. *l. qui autem.* 14. *ff. de acq. rer. dom.*

Sed objicitur huic deciſioni, quod proprietas riparum videtur potius dicenda nullius eſſe, ſicut ipſius fluminis & littorum. Quod probatur hoc argumento. Cujus juris eſt totum, ejus juris ſunt & ſingulæ ejus partes. At ripa, fluminis pars eſt. Itaque ſi flumen ita publicum eſt, ut nullius ſit in bonis, eodem jure & ripam haberi neceſſe eſt. Reſp. Ripa non eſt pars fluminis, ſed tantum diſtat a flumine, quantum continens a contento: ripa enim eſt id, quod flumen continet. Atqui continens non eſt pars ejus, quod continetur, ſed continens & contentum ſunt inter ſe relata, quorum unum nunquam poteſt eſſe alterum.

Secundo opponitur *l. penult.* §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* & *l.* 3. *ff. de flumin.* ubi ripæ publicæ dicuntur. Reſp. Ripæ dicuntur publicæ, propter uſum, qui eſt publicus; ſed proprietas riparum eſt privatorum, qui prope ripas prædia poſſident. Hinc etiam arbores, quæ in ripa fluminis naſcuntur, privatis dominis vicinis acquiruntur, quia naſcuntur ex corpore privato: dominium enim ſoli ripæ privatum eſt, & proprium vicinorum dominorum, qui prope ripas prædia poſſident. *l. ergo ſi inſula.* 30. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Ideo autem proprietas riparum privata eſt, quia hoc naturalis æquitas exigit. Cum enim accolæ riparum cogantur eas munire, æquum etiam eſt pro impenſis & laboribus, ut proprietas riparum ad illos pertineat: quia qui ſentit onus, ſentire debet & commodum.

Tertio

Tertio adverſatur, quod ripæ ſunt ſimiles littoribus. Ergo ſicut littora quoad proprietatem ſunt nullius in bonis. §. *littorum. 5. inſtit. de R. D.* eodem modo ripæ jure gentium dicentur eſſe nullius, etiam quoad proprietatem. Reſp. Non idem ſunt ripæ in flumine, quod littora in mari: nam littora quotidianis acceſſibus occupantur a mari, eique ſubjiciuntur, ut quæ ſubjacet mari terra vel arena, ideoque occupatum ſequitur conditionem occupantis. *l. penult. ff. de R. D.* At ripæ non tenentur a flumine, ſed continent flumen; ideoque cum ripæ non ſint fluminis partes, neque teneantur a flumine, non cenſentur ejuſdem conditionis eſſe, cujus eſt ipſum flumen. Ex his recte concluditur proprietatem riparum illorum eſſe, qui prope ripas prædia poſſident. Ita erudite docet *Donell. lib. 4. comm. jur. cap. 3.*

ASSERTIO VI.

Pœna capitis in eos conſtituta eſt, qui muros civitatis tranſcenderint.

HÆC deciſio aperte comprobatur in *l. ultim. ff. de rerum diviſ. §. ſancta. 10. inſt. eod. l. 3. §. in bello. 15. ff. de re milit.* Quibus in locis unanimiter traditur, quod qui muros urbis violaverint, ſive murum civitatis vel vallum ſcalis admotis, vel alia ratione tranſcenderint, capite puniantur. Additurque ratio, quod apud Romanos alia via quam per portas urbem ingredi vel egredi, hoſtile & abominandum viſum fuit.

Sed huic concluſioni videtur repugnare allegata *l. ultim. ff. de rer. diviſ.* in qua hoc non de qualibet urbe ſtatuitur, ſed tantum aſſeritur obtinere in urbe Roma. Quod confirmatur exemplo, ibi ſubjecto: *nam*, inquit, *& Romuli frater Remus ob id occiſus traditur, quod urbem Romam tranſcendere voluerit.* teſte etiam poëta *Lucano*, dum ita canit: *Fraterno primi maduerunt ſanguine muri.* Ex quo colligit *Bart. in d. l. ult.* quod qui alterius civitatis muros tranſcenderit, non capitali pœna ſit afficiendus, ſed alia extraordinaria. *l. 1. & 3. ff. ne quid in loc. ſacr. fiat.* ubi ſimpliciter prohibetur, ne quid in muris vel portis civitatis committatur, unde damnum aut incommodum aliquod civitati irrogetur; nulla tamen certa pœna ibi exprimitur. At vero quoties leges aliquid ſub pœna interdicunt, nec tamen certam pœnam exprimunt, tunc ea pœna committitur judicis arbitrio. *l. 1. §. expilatores. 1. ff. de effractor. & expil. l. hodie. 13. ff. de pœn. l. 3. §. pœna. 2. ff. ſtellion. gloſſ. in l. 3. C. de SS. Eccleſ.* Reſp. Pœna capitis conſtituta eſt in eos, qui muros urbis Romæ violaverint, aut tranſcenderint. quod ſubjectum Romuli & Remi exemplum in *d. l. ult. ff. de rer. diviſ.* manifeſte declarat. In alterius vero civitatis murorum violatori-

bus

bus hæc communior & receptior eſt DD. ſententia, quod extra ordinem pœna arbitraria puniantur, puta relegatione vel carcere. *d. l.* 2. & 3. *ff. ne quid. in loc. ſacr. fiat.* Ita notat *Boër. deciſ.* 232. *Menoch. de arbitrar. judic. quæſt. caſ.* 483. *num.* 6. Si tamen delictum ſit atrox & enorme, hoc eſt, ſi hoſtili animo aliqui muros tranſcenderint, pœna capitalis ſeu mortis infligi poterit. *l. ult. ff. ad l. Jul. majeſt.* Et hæc eſt communis DD. diſtinctio, referente *Sneidew. ad* §. *ſancta. inſt. de rer. diviſ.*

Secundo in contrarium adfertur locus ex 9. *cap. Actor. verſ.* 25. & 2. *ad Corinth. c.* 11. *verſ. penultim.* & *ult.* ubi diſcipuli Chriſti Paulum Apoſtolum dimiſerunt noctu in ſporta per muros civitatis Damaſci. Quod tamen licite factum non eſſe forſitan quis objiciat, quia ſancti ſunt muri & portæ civitatum, unde eos tranſcendere non videtur Paulo fuiſſe licitum. Reſp. Conſiderandus eſt finis, cur pœna interpoſita leges vetent muros civitatis tranſcendere. Quod ideo factum eſt, ne urbes ſint expoſitæ latrociniis, ſed ut tuti ſint cives a proditionibus & inſultibus hoſtium. Atqui ceſſat illa ratio, quoties de liberando homine innocente agitur. Itaque non minus licuit fidelibus Paulum in ſporta dimittere e mœnibus civitatis, quam licebit civi privato muros tranſilire, ut ſubitum hoſtis incurſum ab urbe repellat. Quod & *Cicero* recte definit, dum inquit: *Etiamſi lex peregrinum arceat a muri acceſſu, minime tamen peccare eum, qui murum conſcenderit ſervandæ civitatis cauſa.* Nam leges ſemper ad æquitatem ſunt flectendæ, & mens ac ratio, quæ eſt anima legis, imprimis eſt attendenda, quæ in hac lege ea potiſſimum & principaliter fuit, ut ab hoſtili incurſu & violenta oppugnatione civitates tutæ atque inviolatæ conſervarentur. Plura alia ad hanc aſſertionem pertinentia ſcribunt *Decian. in tract. crim. lib.* 7. *c.* 36. *Petr. Gregor. lib.* 35. *ſyntagm. jur. cap.* 7. *num.* 7.

ASSERTIO VII.

Merum imperium eſt habere gladii poteſtatem ad animadvertendum in facinoroſos homines.

Controvertitur ab interpretibus, an hæc ſit vera definitio meri imperii, quæ tradita extat in *l.* 3. *ff. de juriſd.* an vero exemplum tantum aliquod meri imperii ibi proponatur. Et verior eſt ſententia, merum imperium in *d. l.* 3. definiri, non vero tantum exemplum aliquod proponi. Idque ex eo aperte patet, quod Juriſconſultus uſus eſt verbis denotantibus definitionem meri imperii, non exemplum aliquod referentibus. Sic enim inquit: *Merum imperium eſt gladii poteſtas*, &c.

Sed objicitur quod multa alia ſunt meri imperii, præter gladii poteſtatem, puta damnatio in metallum, deportatio, bonorum con-

confiſcatio, relegatio. *l. illicitas. 6. §. qui univerſas. 8. ff. de offic. praſ.* quæ tamen verbis definitionis non continentur. Ideoque hæc definitio eſt anguſtior ſuo definito, cum alia meri imperii membra, ſeu partes ejus poteſtatis, non comprehendat. Reſp. Hæc definitio deſumpta eſt a potiori & digniori parte meri imperii, quæ eſt gladii poteſtas: definitiones autem & denominationes a potiori rei parte deſumi debent. Gladii vero appellatione comprehenditur quælibet alia gravior facinorum coërcitio, & quæcunque pœna, qua vita, libertas, vel civitas alicui eripitur, veluti damnatio in metallum, deportatio, & bonorum confiſcatio, & quæcunque publici judicii exercitio. *l. 1. ff. de offic. ejus cui mandat. eſt juriſd. l. ſolent. 6. ff. de offic. proconſ. l. nemo poteſt. 70. ff. de R. J.* Sic recte dicimus magiſtratum habere jus gladii, cui merum imperium competit. *l. 1. C. Theod. ne ſine Princ. juſſ. cert. jud. conf. liceat.* ubi dicitur: *Praſes in illos gladii ſui jus & ſeveritatis exerceat, in quos ſtatim ſtringi ferrum jura pracipiunt.* Idem confirmat *Capitolinus in Gordiano* hoc teſtimonio: *Gordiano proconſuli Africa filius a ſenatu legatus datus eſt cum gladii poteſtate.* Per eminentiam ergo gladii poteſtas ſumma pars eſt meri imperii, & ſignificat omnem alia graviorum criminum coërcitionem, veluti damnationem in metallum, deportationem, bonorum publicationem, aliaſque atrociores animadverſiones. *l. ſi quid erit. 11. ff. de offic. proconſ.* Pulchre *Cujac. lib. 21. obſ. c. 30.*

Secundo adverſatur *l. aut damnum. 8. §. 1. ff. de pœn.* ubi dicitur: *Cum aliquis damnatur, ut gladio in eum animadvertatur, gladio tantum in eum animadverti oportet, non vero ſecuri, fuſte, aut laqueo.* Ergo gladii poteſtas non accipitur generaliter pro omni atrociori animadverſione, ſeu qualibet vitæ ademptione, Reſp. Hoc fit ideo, quia judex ibi ſententia complexus eſt pœnam gladii: ſententia autem certa eſſet debet. *§. curare. 32. inſt. de action.*

Tertio adverſatur, quod multa alia ſunt meri imperii, quæ tamen hac definitione ſeu gladii poteſtate non continentur, uti ſunt leges condere, creare tabelliones, & ſpurios legitimare. Reſp. Hæc non pertinent ad merum imperium, quod magiſtratibus majoribus conceſſum eſt, ſed ad regalia & jura Principis, quæ Principi ſunt reſervata, in ſignum ſupremæ poteſtatis ſeu præeminentiæ. Sic leges condere non eſt meri imperii, ſed principalis auctoritatis lege regia Principi conceſſæ, in ſignum præeminentiæ; *l. 1. ff. de conſtit. Princip.* cujus hodie ſolius eſt jura condere. *l. ult. C. de leg.* Ita tradit *Coraſ. ad l. 3. ff. de juriſdict. Fachin. lib. 9. controverſ. jur. c. 94.* Itaque poteſtas condendi leges non pertinet ad merum imperium, ſed potius ad regalia Principibus reſervata in ſignum ſupremæ poteſtatis pertinere dicitur. *l. ult. C. de legib. l. 1. ff. de conſt. Princ. c. 1. quæ ſint regal. lib. 2. feud. tit. 57.* Sed e contra videtur, quod poteſtas condendi leges ſit meri imperii per *l.*

nulli

nulli. 10. *C. de ſent. & interloc. omn. jud.* ubi dicitur, quod qui non poteſt ſtatuere, non poteſt relegare. Ergo videtur, quod facultas condendi leges referenda ſit ad merum imperium. Reſp. Quod concedere ſtatuta poſſint & ii, qui non habent merum imperium. Nam & populi ſubditi alterius imperio poſſunt facere ſtatuta, quæ in loco ſtatuentium ſervari debent, propter generalitatem verborum in *l. omnes populi.* 9. *ff. de juſt. & jur.* ubi dicitur, quod quiſque populus ſibi jus conſtituere poteſt. Vide plene de hac quæſtione, an legem concedere ſit meri imperii, differentem *Fachin. lib.* 13. *controv. jur. c.* 22.

ASSERTIO VIII.

Non omnibus magiſtratibus omnes partes meri imperii tributæ ſunt.

NOn omnes partes meri imperii Princeps dedit magiſtratibus, ſed certas quaſdam partes conceſſit, quaſdam ſibi reſervavit. Probatur hæc deciſio in *l. aut damnum.* 8. §. 1. *ff. de pœn.* ubi inquit *Ulpianus: Sed animadverti gladio oportet, non ſecuri, fuſte, aut telo, vel alio modo: proinde nec liberam mortis facultatem jus concedendi præſides habent. Divi tamen fratres reſcripſerunt, permittentes liberam mortis facultatem.* Idem confirmat §. *præfecto.* 5. ejuſdem legis: *Præfecto plane competere jus damnandi in metallum ex epiſtola Divi Severi exprimitur.* Deinde id comprobat *l. inter pœnas.* 6. §. 1. *ff. de interd. & releg.* & *l.* 1. §. 3. *ff. de leg.* 3. ubi dicitur, jus deportandi in inſulam non eſſe datum præſidibus provinciarum, datum eſſe præfecto urbi. Idem traditur in *l.* 2. §. *conſtat.* 1. *ff. de pœn.* Sic & in *l. unic. C. ne ſine juſſ. Princ. cert. jud. lic. confiſc.* aſſeritur, non omnibus judicibus datum eſſe jus confiſcandi. Denique hæc ſententia ex eo confirmatur, quod olim jure Romano ſingulis criminibus certæ pœnæ præfinitæ erant, nec poterat judex hanc pœnam legitimam ſententia ſua augere vel minuere. *l.* 4. *C. de locato & conducto.* Unde non poterat judex efficere, quo minus damnatum furti vel injuriarum, legitima pœna ſequeretur, vel infamia. *l. non poterit.* 63. *ff. de furt. l. D. Severus.* 40. *ff. de injur.* Ideoque nec appellare licebat in criminalibus cauſis a ſententiis magiſtratuum, niſi majorem vel minorem legitima pœnam judex irrogaſſet. *l. ſi qua pœna.* 244. *ff. de V. S.*

Sed obſtat quod merum imperium definiatur poteſtas gladii, & quælibet poteſtas atrocius animadvertendi vel pœnas irrogandi in facinoroſos homines. *l. ſi quid erit.* 11. *ff. de offic. proconſ. l. nemo poteſt.* 70. *ff. de R. J.* Cum ergo præſides provinciarum habeant merum imperium *l. illicitas.* 6. §. *qui univerſas.* 8. *ff. de offic. præf.* conſequens eſt, eos habere omnes partes meri imperii, & proinde jus

deportandi: quod tamen negatur in *l.6.ff. de interd. & releg. l.* 1. §. 3. *ff. de leg.* 3. Reſp. Satis eſt, quod præſides provinciarum certas partes meri imperii habuerint, puta jus gladii, & damnandi in metallum: verum jus deportandi in inſulam non habuerunt, quia hæc poteſtas legibus illis non eſt delata. Atqui merum imperium lege, SCto. vel conſtitutionibus principum ſpecialiter defertur. Ergo nihil amplius ex hoc ſummo & mero imperio præſidibus provinciarum licuit decernere, quam legibus ſpecialiter & nominatim illis datum eſt. *l.* 1. §. 1. *ff. de offic. ejus cui mand. eſt juriſd.*

Secundo adverſatur regula juris, *cui quod plus eſt licet, non debet ei quod minus eſt non licere. l. non debet.* 21. *ff. de reg. jur.* Reſp. Illa regula in mero imperio officium ſuum perdit, ſiquidem præſes provinciæ habet jus gladii. *d. l. illicitas.* §. *qui univerſas.* non tamen habet jus deportandi in inſulam. Ita perſpicue & eleganter tradunt *Cujac. lib. obſ.* 15. *c.* 39. & *lib.* 21. *c.* 31. *Vincent. Cabotius lib.* 2. *diſp. jur. c.* 5. Vel poteſt & hoc modo reſponderi, quod ideo deportare non potuerunt in inſulam præſides provinciarum, quod hoc jus deportandi in inſulam induceret latiorem extenſionem juriſdictionis, cum per deportationem effectum ſuæ ſententiæ exequi volebant in inſulis, in quibus nullum imperium vel poteſtatem exercebant.

ASSERTIO IX.

Merum imperium præſcribi poteſt.

ARdua & gravis eſt quæſtio, an poſſit merum imperium præſcriptione acquiri. De qua quæſtione tradit *Bartolus in l.* 3. *ff. de juriſdict.* ſe non cogitare poſſe, quid dicendum ſit. Sed verior eſt ſententia merum imperium præſcribi poſſe, quæ evidenter probatur per *l. viros.* 8. *C. de diverſ. offic. &c.* ubi ſtatuitur, juriſdictionem in genere ex longi temporis conſuetudine ſeu præſcriptione acquiri. Juriſdictio autem in genere accepta comprehendit etiam ſub ſe merum imperium. *l.* 1. *ff. de off. ejus cui &c.*

Secundo confirmat hanc ſententiam *c. auditis.* 15. *extra, de præſcript.* ubi conſtituitur, jura omnia quæ ſpectant ad Epiſcopum, ſpacio 40. annorum ab Abbate præſcribi poſſe. Tertio adjuvat hanc opinionem *l. ſi cohortalis.* 12. in princ. & §. *quod ſi quis.* 1. *C. de cohortal. & Princip. &c.* ubi traditur, apparitorem cohortalem ſi adſpiraverit ad ullam dignitatem, in propriam conditionem detrahi debere, ita ut ſi ullam dignitatem affectare auſus ſit, nulla præſcriptione niſi 30. annorum muniatur. Ergo cum is qui affectat merum imperium, adſpiret ad dignitatem, procul dubio illud 30. annorum ſpacio præſcribere poterit. Denique hanc deciſionem comprobat *l. omnes.* 4. *C. de præſcript.* 30 vel 40 *annorum.* ubi ſancitur

tur omne jus publicum vel privatum 40 annorum præſcriptione acquiri.

Huic ſententiæ primo adverſatur *l.* 3. in fin. *ff. ad l. Jul. majeſtat.* ubi tradit Martianus privatos homines, ſi pro magiſtratu vel poteſtate ſe geſſerint, lege Julia majeſtatis teneri. Unde colligitur merum imperium præſcribi non poſſe, ne ex delicto præſcriptionis jus acquiratur. *l. meminerint. 6. C. unde vi. l. ſive hæreditaria. 22. ff. de neg. geſt.* Reſp. Hoc argumentum procedit in perſonis privatis, quæ cum ad exercendum merum imperium ſint inhabiles, delictum committere dicuntur: ſecus autem ſi perſonæ ſint habiles & idoneæ ad exercendum merum imperium, ut ſunt Duces, Comites, Marchiones, Barones &c.

Secundo in contrarium adfertur hoc argumentum: Quæ in alium non transferuntur, nullo unquam tempore præſcribuntur. ex regula. *c. dudum.* 31. *extra. de decim.* & *l.* 2. *C. de uſucap. pro empt.* Sed merum imperium in alium transferri non poteſt. *l.* 1. §. *qui mandatam.* 2. *ff. de off. ejus cui. &c.* Ergo præſcriptione videtur non poſſe acquiri. Reſp. Merum imperium poteſt transferri a Principe, non vero ab iis, quibus ſpecialiter a Principe conceſſum eſt; nec enim mandata juriſdictione transfertur. Deinde nihil ad rem facit *d. l.* 2. quia hoc tantum ibi dicitur, quod ea quæ teſtator vendi prohibuit, ſi vendantur, non poſſint uſucapi. Nam quia uſucapio requirit titulum, nullus eſt titulus venditionis, ſi res a teſtatore prohibita eſt vendi.

Denique adverſatur *l. comperit. 6. C. de præſcript.* 30 vel 40 *ann.* ubi ſtatuit Imp. quod ea, quæ in ſignum ſupremæ poteſtatis vel principatus competunt, nullam cujuſcunque temporis præſcriptionem admittere. Ergo idem ſtatuendum eſt in mero imperio, quia hoc in ſignum univerſalis dominii in Principe reſidere videtur. Huic objectioni reſpondendum ſub hac diſtinctione. Aut quis ita præſcribere intendit merum imperium, ut Principem tanquam verum dominum non recognoſcat, & ejus imperium diminuat, & hoc fieri nullo modo poteſt. Hinc notat *Baldus in c. non liceat. extr. de præſcript.* Regem Franciæ, Angliæ, & Hiſpaniæ non poſſe ita de jure libertatem uſurpare, ut Imperatori obedire non teneantur, ſed illum veluti totius mundi dominum recognoſcere debent. Aut vero quis vult exercitium & utilitatem meri imperii præſcribere, & ſtatuendum eſt eum illud ſine ulla dubitatione poſſe, dummodo habilis & idonea ſit perſona. Quo caſu ſufficit tempus 10. annorum ſciente Principe: eo vero ignorante requiritur tempus, cujus initii non extrat memoria. Ita communi DD. opinione receptum eſſe refert *Muſcorn. in tract. de juriſd. num.* 125. Denique notandum eſt privatas perſonas non eſſe habiles ad præſcribendum merum imperium, eaque ſententia eſt *l.* 1. *C. de curioſ. & ſtationar.* ubi traditur ſtationarios, qui ſunt apparitores præſidum, ad de-

denuncianda crimina, & homines privatos, non poſſe habere carcerem, neque aliquem tradere in cuſtodiam, ſub pœna capitis. Poſtremo opponitur *l. ult. C. de fund. & ſalt. rei domin.* ubi dicitur, quod loca, quæ ad ſacrum dominium pertinent, nulla diuturna poſſeſſione præſcribi poſſint. Reſp. Illa lex loquitur de præſcriptione longi temporis, quæ decem annis completur. At vero non negatur, quin longiſſimo tempore, hoc eſt, 30. annis, vel immemoriali tempore præſcribi poſſint loca ad ſacrum Principis diminium pertinentia. Et hæc obtinent jure civili. Jure autem canonico merum imperium etiam exiſtente ſcientia domini, ſpacio 40. annorum præſcribi poterit. *d. c. auditis.* & *cap. de quarta.* 4. *extr. de praeſcript. Muſcorn. d. loc. num.* 130. Vide latius de hac quæſtione diſſerentem *Fachin. lib.* 8. *controv. jur. c.* 23.

Assertio X.

Privati non poſſunt alicui tribuere juriſdictionem.

Cautum eſt jure civili, quod privatorum conſenſu non poſſit alicui juriſdictio aut judicandi poteſtas tribui, nec judex poſſit fieri is, qui judex non eſt. textus in *l.* 3. *C. de juriſd.* Ratio eſt, quia juriſdictio eſt poteſtas publica, atque adeo publica, non privata auctoritate conſtituenda; & abſurdum eſſet unum atque alterum hominem privatum facere, quod eſt conceſſum toti populo.

Huic aſſertioni opponitur *l.* 1. *C. de juriſd.* ubi traditur, ſi judex incompetens ex utriuſque patris conſenſu ſit aditus, acquieſcendum eſſe rei judicatæ. In illa lege procurator fiſci (qui incompetens eſt judex in lite privatorum, utpote qui tantum inter fiſcum & privatos habet juriſdictionem, toto *tit. C. ubi cauſ. fiſcal. &c.*) ſententiam dixit inter privatos, ibique ſtatuitur ſententiam ejus jure ſubſiſtere. Reſp. Ibi procurator fiſci inter certas perſonas habuit juriſdictionem & judicandi poteſtatem, & litigatores incongruum eum eſſe ſcientes, volentes ſe incompetentis judicis juriſdictioni ſubjecerunt. Judex namque incompetens fieri poteſt competens conſenſu litigatorum, ſi ſcientes illum eſſe incompetentem ſubjiciunt ſe ejus juriſdictioni. *l.* 1. & 2. *ff. de judic.* Solus ergo conſenſus privatorum litigantium non tribuit juriſdictionem ei, qui eſt omnino privatus, ſed ejus judicis, qui alias certæ juriſdictioni præeſt inter certas perſonas, & in certis cauſis, juriſdictionem prorogat, & extendit ad alias perſonas vel cauſas. Unde recte & aperte dicitur in *l.* 3. *C. de juriſdict.* privatorum conſenſum non tribuere ei juriſdictionem, qui nulli judicio præeſt. Summa eſt, privatorum conſenſu non tribuitur, ſed tantummodo prorogatur juriſdictio. Juriſdictio namque tribuitur vel a Principe, vel a lege, vel præſcriptione acquitur. *l.* 1. *ff. ad l. Jul. amb. l. more.* 5. *ff. de juriſdict.*

dict. l. viros. 8. C. de diverſ. offic. &c. Privati nullam juriſdictionem habenti non adjicere poſſunt, ſed alias in eum, qui juriſdictionem ex lege habet, conſentire, eique ſe ſubjicere poſſunt.

Secundo adverſatur huic deciſioni, quod magiſtri collegiorum & primores opificum habent juriſdictionem de negotiis ad illud collegium, ſeu artificium vel mercaturam pertinentibus; & tamen illi plerunque ſunt homines privati, nec magiſtratu aliquo funguntur. *l. ult. C. de juriſdict.* Reſp. Collegia opificum habent quidem judices peculiares de negotiis ad illa artificia pertinentibus, vel eorum occaſione contractis, ſed tamen illa juriſdictio non eſt illis privatorum conſenſu, videlicet a collegiatis tributa, ſed potius ex Senatus auctoritate, vel Principum conceſſione hanc juriſdictionem obtinuerunt. Non enim omnibus promiſcue data eſt facultas habendi hujuſmodi collegia, ſed illis tantum permittitur inſtituere collegia, quibus hoc a SCto. vel Principis indulto conceſſum eſt. *l. 3. §. in ſumma autem. 1. ff. de colleg. & corp. l. collegium. 8. C. de hered. inſt.* Collegio autem Principis privilegio vel Senatus auctoritate conſtituto, poteſtas ſimul collegiatis data cenſetur, eligendi judices, qui juriſdictionem de cauſis ad collegium pertinentibus exerceant.

Poſtremo opponitur, quod privati poſſint compromittere in privatum aliquem arbitrum, ut privatorum lites dirimat, qui tamen nec juriſdictionem habet, nec judicio alicui præeſt. Reſp. Compromiſſa ſunt quidem ad ſimilitudinem judiciorum redacta, ſed tamen ipſa non ſunt judicia. *l. 1. ff. de recept. qui arbit. recep.* Nam quod arbiter compromiſſarius pronunciavit, non eſt ſententia, ſed arbitrium, ex quo nec actio nec exceptio oriebatur ante conſtitutionem Juſtiniani. *l. 2. ff. de recept. qui arbit. recep. l. 1. & l. cum antea. 5. C. de recept. arb.* Atque hæc ipſa eſt ratio, cur hæc in arbitrio ita ſe habeant, quia ſcilicet privati judicem facere non poſſunt eum, qui nulli judicio præeſt; quo negato, omnia negantur, quæ ſunt judicio vel juriſdictioni conſequentia.

Assertio XI.

Magiſtratus municipales non habent mixtum imperium, ſed ſimplicem juriſdictionem tantum.

Comprobant hanc deciſionem *l. ea quæ. 26. ff. ad municip.* ubi traditur, *ea quæ magis imperii ſunt, quam juriſdictionis*, hoc eſt, quæ mixti ſunt imperii, non juriſdictionis ſimplicis, *magiſtratus municipalis facere non poteſt.* Quod latius explicant exempla. Unde magiſtratus municipales non poſſunt in integrum reſtituere, aut bona ſervandæ rei cauſa jubere poſſidere, quæ ſunt mixti imperii. *l. jubere. 4. ff. de juriſd.* Ad confirmationem hujus ſententiæ

facit, quod magiſtratus municipales inter minores magiſtratus numerantur, qui de modicis & parvis ſummis tantum jus dicebant, & ſine imperio ac poteſtate conſtituti erant. *l. nec magiſtratus.* 32. *ff. de injuriis. l. inter convenientes.* 28. *ff. ad municip.*

In contrarium adferuntur hæc argumenta, quibus comprobari videtur etiam magiſtratus municipales habuiſſe mixtum imperium. Primum ita argumentantur: Mixtum imperium nihil aliud eſt, quam modica coërcitio, cui ineſt juriſdictio, ſeu quæ juriſdictioni cohæret, & quæ ad exercendam & expediendam juriſdictionem pertinet. *l.* 1. §. *ult.* & *l. ult. ff. de off. ejus cui &c.* Atqui hæc modica coërcitio competit magiſtratibus municipalibus, per regulam *l.* 2. *ff. de juriſdict.* & *l. magiſtratibus.* 12. *ff. de juriſdict.* Reſp. Jus civile magiſtratus municipales uſque adeo depreſſos & abjectos habuit, ut mixtum imperium eis minime conceſſerit. Unde & mulctæ dicendæ jus non competiit magiſtratibus municipalibus. *l. unic.* in princ. *ff. ſi quis jus dic. non obtemp.* Attamen aliquam modicam coërcitionem pertinentem ad mixtum imperium habuerunt magiſtratus municipales, ne vana & illuſoria illorum redderetur juriſdictio. Hinc ne eorum ſententiæ inutiles & fruſtra latæ dicerentur, permiſſum eis fuit ex lege, contra eum, qui ſolvere judicatumque facere recuſabat, mixto uti imperio, & ſervos ejus pecudeſque pignori capere. *l. quemadmodum.* 29. §. *magiſtratus.* 7. *ff. ad l. Aquil.*

Secundo videtur etiam magiſtratibus municipalibus mixtum imperium conceſſum, ut facilius juriſdictionem ſuam exercerent, quia principaliter eis modica coërcitio a lege conceditur. *l. magiſtratibus.* 12. *ff. de juriſd.* Reſp. Jure digeſtorum magiſtratus municipales modicam coërcitionem non habuerunt in liberos, ſed in ſervos duntaxat. Quæ modica coërcitio in ſervos minor cenſeri debet, quam mixtum imperium in liberos. Quod vel ex eo ſatis patet, quod hæc in ſervos caſtigatio privatis etiam, puta dominis in ſervos, item magiſtris & præceptoribus in diſcipulos competat. *l. unic. C. de emend. ſervor. l. ſed & ſi.* 5. §. *fin. ff. ad l. Aquil.* §. *ſed hoc tempore.* 2. verſ. *ſed & major. inſtit. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt.* Ita reſpond. *Longoval. in tractat. de juriſd. in* 3. *parte, in* 4. *articulo.* Magiſtratus itaque municipales modicam animadverſionem eamque in ſervos tantum habuerunt, ut ſcribit *Ulpianus in d. l. magiſtratibus.* Huc pertinet, quod Judæi Pontio Pilato, Judææ præſidi, reſponderunt, qui Chriſtum leniter ab illis caſtigari cupiebat, capitale crimen eum admiſiſſe ex lege Moſis, ſibique non licere mortem cuiquam irrogare. *Joan. cap.* 19. *verſ.* 7.

Tertio videtur adverſari *l.* 1. & 4. §. *duas ergo res.* 3. *ff. de damno infect.* ubi magiſtratibus municipalibus permittitur jubere cavere ex cauſa damni infecti, & propter contumaciam non caventis in poſſeſſionem mittere, quæ tamen ſunt mixti imperii. *l.* 4. *ff. de juriſdict.*

dict. Reſp. Ea ſolum magiſtratibus municipalibus leges permiſerunt cæteras vero coërcitiones prætoris jurisdictioni reſervarunt, ideoque ea magiſtratibus municipalibus recte deleganda putarunt. Habuerunt ergo ea ex prætoris conceſſione, ſpecialiter ob cauſæ favorem illis tributa, quia res damni infecti celeritatem deſiderat. *d. l. 1. ff. de dam. infect.*

Denique videtur obſtare §. *cognoſcent. nov. 15. de defenſ. civit.* ubi traditur defenſores plebis cognoſcere debere de levioribus criminibus. Reſp. Illa novella non debet extendi ad magiſtratus municipales cognitos a jure digeſtorum, quia eo tempore defenſores plebis nondum cognoſcebantur. Poſtremo adhuc ex eadem *novella. 15.* inſtatur, ubi dicitur, defenſores civitatum, qui ſunt ſpecies magiſtratuum municipalium, non poſſe acta conficere de his quæ jurisdictionem deſiderant. Reſp. Illud quid ſit, ſtatim novella declarat, ut intelligatur de cauſis, quæ magnitudine forenſi dignæ ſint, ſcilicet quod bonorum poſſeſſionem non dabunt, non reſtituent in integrum, in poſſeſſionem non mittent: hæc enim omnia requirunt majus imperium. *Cujac. ad d. nov. 15.*

ASSERTIO XII.

Privatus merum imperium non habuit, ſicut nec præſes provinciæ jus deportandi.

PRima pars hujus aſſertionis confirmatur ex *l. 3. ff. de off. præſ. l. 1.* & *ult. ff. de off. proconſ.* in quibus legibus expreſſe traditur, quod præſides provinciæ & proconſules tantum in iis provinciis, quæ illorum gubernationi & poteſtati commiſſæ erant, exercebant merum imperium; idque tunc demum, cum in ea provincia verſabantur. Cæterum ſi eam provinciam egreſſi erant, ſtatim deponebant imperium, & pro privatis habebantur. Unde liquido conſtat privatis hominibus, qui nullum magiſtratum gerebant, ſeu qui ſine imperio ac poteſtate erant, non competiiſſe merum imperium.

Sed contrariam ſententiam, privato ſcilicet olim competiiſſe merum imperum, ſi id ſpecialiter lex ei dederat, defendunt *Cujac. lib. obſerv. 21. c. 30.* & *Petr. Faber ad l. 70. ff. de R. J.* Quam ſuam novam opinionem confirmant adducta *l. 1. ff. ad l. Corn. de ſicar.* ubi a JCto illa duo, magiſtratus & judex publici judicii, tanquam diverſa ponuntur. Unde colligunt, quod poſſit aliquis præeſſe publico judicio, & ita merum imperium habere, qui tamen privatus ſit, & nullo magiſtratu fungatur, cui videlicet ex lege quæſtio publica obvenerit. Quo ſenſu etiam accipit Cujac. illa verba in *l. 1. ff. de off. ejus cui &c. is cui obtigerit exercitio legis Julia de vi*, id eſt, is prætor, judexve quæſtionis, cui ſorte obvenerit quæ-

Digitized by Google

ſtio de vi publica vel privata. Sed reſpondeo, quod illæ leges loquantur de judicibus quæſtionum capitalium, qui cognitionem tantum habuerunt cauſarum criminalium, non vero exequendi judicati poteſtatem. At vero illam cognitionem longe diverſam fuiſſe a mero imperio, vel inde patet, quod illa cognitio criminum capitalium mandari poteſt. *l. ſolent. 6. ff. de off. proconſ.* at ipſum merum imperium non delegatur. *l. 1. ff. de off. ejus cui. &c. l. nemo. 70. ff. de R. J.*

Secundo objicitur *l. aliud eſt fraus.* 131. in fin. *ff. de V. S.* ubi dicitur, *magiſtratus ſolos poſſe mulctam dicere, pœnam autem irrogare poſſunt, quibus hujus criminis executio competit.* id eſt, (ut interpretatur *Cujac. lib. obſ. 15. c. 39.*) cui obvenerit ſorte, etiam privato. Reſp. Senſus hujus legis eſt, quod mulctæ dictio competit jure magiſtratus, non vero criminis executio, vel pœnæ irrogatio, & magiſtratus ob id quod imperium juriſdictioni mixtum habent, poſſunt mulctam dicere. Ideo autem additur dictio *ſolos*, ut intelligamus mulctæ dictionem non competere judicibus delegatis. Pœnam autem irrogant magiſtratus, non quod in magiſtratu ſunt, ſed quod hujus criminis executio ſpecialiter & nominatim eis permiſſa eſt.

Secunda aſſertionis pars, quod nimirum præſides provinciæ non habuerunt jus deportandi in inſulam, variis juris textibus comprobatur. Ita enim diſerte ſtatuitur in *l. 2. §. 1. ff. de pœn. l. inter pœnas. 6. §. 1. ff. de interd. & releg. l. 1. §. 3. ff. de leg. 3.* Quibus legibus unanimiter traditur, præſidibus provinciæ jus deportandi in inſulam non eſſe datum, & ſi præſes aliquem deportandum in inſulam ſententia comprehenderit, hæc effectum non habet, niſi Princeps ſententiam comprobaverit. *d. l. inter pœnas. 6. §. 1. ff. de interdict. & releg.*

Sed contra hanc deciſionem tale adferunt argumentum: *Cui licet quod plus eſt, ei utique debet licere quod minus eſt. l. non debet. 21. ff. de R. J.* Atqui præſes provinciæ habuit jus gladii, & damnandi in metallum. *l. 6. §. qui univerſas. 8. ff. de off. præſ.* Ergo etiam jus deportandi illi merito tribui debet, quia majus eſt alicui adimere vitam pœna gladii, & libertatem damnatione in metallum eripere, quam ſolam civitatem auferre deportatione. Similiter nec præſidibus provinciæ poteſtas fuit confiſcandi aut adimendi bona, cum tamen vitam adimere potuerint. *l. unica. C. ne ſine juſſ. Princ. cert. judic. liceat confiſc.* Reſp. In his quæ meri ſunt imperii, hæc regula a majori ad minus non admittitur, quia ea tantum ex mero imperio ſibi quis aſſumere poteſt, quæ lege, SCto, vel conſtitutione Principum ſpecialiter ei data ſunt. *l. 1. §. qui mandatam. 1. ff. de off. ejus cui mand. &c.* Præſidi provinciæ datum eſt jus gladii, jus damnandi in metallum, jus relegandi. *l. relegatorum. 7. §. 1. ff. de interd. & releg.* jus confiſcandi vel deportandi nulla lege datum eſt.

d. l.

d. l. inter pœnas. 6. §. 1. Ita eleganter & ſubtiliter tradunt *Cujac. ad l. 6. §. ejus qui. ff. de injuſt. rupt. irr. fact. teſt. Petr. Faber ad l. nemo poteſt.* 70. *ff. de R. J. num.* 10.

ASSERTIO XIII.

Hæc verba, profiteor te non teneri, *pactum reale inducunt.*

CONfirmatur hæc deciſio aperto textu in *l. tale pactum.* 40. *ff. de pact.* ubi JC. expreſſe ait, hæc verba, *profiteor te non teneri,* efficere pactum in rem, adeo ut nec a te nec ab herede tuo peti poſſit, & neque ego, neque heres meus petere poſſimus. Sed contra hanc deciſionem duo opponi poſſunt. Primo non videtur eſſe pactum, quia verba propoſita non ſunt diſponentia, ſed enunciantia; talia autem verba non inducunt diſpoſitionem. *l. Publia Mævia.* 26. §. *ult. ff. depoſ.* Reſp. Satis ex his verbis colligi pactum de non petendo. nam pacta fiunt nudo conſenſu, nec requirunt certa verba; imo etiam ſine verbis conſiſtunt, ut fit in tacitis pactis. *l.* 2. 3. & 4. *ff. de pact.* Non obſtat *d. l. Publia Mævia.* §. *ult.* quia ibi agitur de obligatione conſtituenda, & quidem de obligatione depoſiti, quæ re contrahitur. Proinde confeſſio alicujus non poteſt talem obligationem inducere, ſed tantum probare: alioqui depoſitum fieret verbis, ſeu nudo conſenſu, hic autem loquitur de obligatione diſſolvenda, quod longe facilius admittitur. *l. Arrianus.* 47. *ff. de obligat. & act.* & quidem diſſolvenda per pactum, quod longe facilius fit.

Secundo opponi poteſt, quod dictum pactum ſit perſonale, propter verba illa, *profiteor te non teneri.* Sed reſp. Perſonas nominari, non ut fiat pactum perſonale, ſed ut appareat inter quos pactum factum ſit. *l.* 7. §. *pactorum.* 8. verſ. *in rem ſunt. ff. de pact.* Cæterum eſſe pactum generale & in rem, ex ipſis pacti verbis colligitur, id eſt, ex verbis *non teneri:* nam ſi tu non teneris, nec heredem tuum relinques obligatum. Hoc igitur verbum majorem vim habet, quam ſi pactus eſſem de non petendo, quia poſſum non petere a te, & tamen petere ab herede tuo; non poteſt autem heres tuus mihi teneri nomine hereditario, niſi & tu tenearis. Vide *Cujac. lib. obſ.* 18. *c.* 2. ubi plane hanc aſſertionem & plene confirmat & approbat. Concordat huic explicationi *Anton. Fab. in rational. ad d. l. tale pactum.* 40. *ff. de pact.*

ASSERTIO XIV.

Dux belli inconſulto Principe inire non poteſt pacem cum hoſtibus.

ANceps & dubia quæſtio moventur a DD. an dux belli ſeu exercitus poteſtatem habeat pacem cum hoſtibus ineundi. Quod de eo quæritur, qui alterius ductu & auſpiciis bellum gerit. Nam de Rege & Principe, qui pacis ineundæ & belli indicendi arbitrium habet, nulla poteſt eſſe dubitatio. Et verior eſt Bartoli, cæterorumque antiquorum DD. ſententia, duci exercitus illam facultatem non competere. Quæ opinio confirmatur per *l. mandato generali.* 60. *ff. de proc.* ubi ſtatuitur, quod mandato generali non contineatur poteſtas tranſigendi.

Hanc deciſionem impugnat *Duar. ad tit. de pact.* qui ita diſtinguit. Aut ducendi tantum & regendi exercitus cura illi demandata eſt, aut plena & libera rerum omnium poteſtas ei conceſſa eſt. Priore caſu non poteſt inire pacem cum hoſtibus, poſteriore vero poteſt. Idque confirmat *l. procurator cui.* 58. *ff. de proc.* ubi ſtatuitur, quod procurator conſtitutus cum libera poteſtate, poteſt tranſigere de rebus domini. Unde & Principis vicarii, qui ab eo duces exercitus creati ſunt, quia habent mandatum cum libera poteſtate, poſſunt cum hoſte de pace injuſſu Regis ſeu Principis paciſci. Sed hæc diſtinctio non videtur admittenda, quia cum jure imperii ſoli Principi aut reipub. hæc nominatim competant, non transferri debent ad alios, niſi ſpecialiter illis ſint conceſſa. Regulare enim eſt, ea quæ requirunt ſpeciale mandatum, non tranſire ad alios, quamvis plena liberaque rerum poteſtas ſit eis demandata. *cap. qui ad agendum. de procurat. in* 6. Nam & in generali oratione non veniunt ea, quæ quis veriſimiliter non eſſet conceſſurus. *l. obligatione generali.* 6. *ff. de pignor.* Quamobrem oportet, ut dux belli pacem cum hoſtibus inire poſſit, ut hoc nominatim ei ſit permiſſum. Quam etiam deciſionem eleganti ſententia confirmat *Polybius lib.* 1. *hiſtoriarum*, dum inquit: *Non poteſt dux quiſpiam in exercitu ipſo, exercitus imperatore inſcio vel repugnante, polliceri hoſti obſeſſo vel dedenti ſeſe, incolumitatem & ſalutem.* Item *libro ſexto: De bello & pace cum hoſtibus paciſcendi jus, legatis exteris reſpondendi auctoritas, penes concilium ordinum, non autem penes unum regem vel conſulem eſto.* Eandem aſſertionem confirmat *Herodot. lib.* 6. *hiſtor.* dum inquit: *Qui dux inferior atque magiſtratus abſque ſuperioris Principis aut reipublica conſenſu aliquid hoſtibus vel ſociis ſpopondit, aut damnum intulit, pro noxa iiſdem eſt dedendus.* Vide *Vincent. Cabotium lib.* 2. *diſp. c.* 15. ubi latius hanc quæſtionem examinat.

Assertio XV.

Qui pacto recipit in ſe caſum fortuitum, tenetur etiam de caſibus fortuitis inſolitis.

Quoties in aliquo contractu, puta locationis, commodati, depoſiti, vel alio, debitor in ſe ſuſcipit periculum caſus fortuiti, cenſetur etiam ſe obligaſſe ad caſus inſolitos & inconſuetos. Hæc ſententia probatur ex *l. ſi quis domum. 9. Julianus lib. 15. digeſtorum. 2. ff. locati conducti.* ubi dicitur, ſtandum eſſe pacto, *ſi quis locavit fundum ea lege, ut etiamſi quid vi accidiſſet, praſtaretur ei merces.* Vis autem major intelligitur omne periculum caſus fortuiti, cui humano conſilio reſiſti non poteſt. *l. ex conducto. 15. §. ſi vis tempeſtatis. 2. ff. locat. conduct.* Unde ſaltem in genere de omni caſu fortuito, ſive ſolito, ſive inſolito, ea pactione actum videtur. Nec dicitur caſus fortuitus, niſi raro contingat, atteſtante *Baldo in l. ſed & ſi quis. §. quæſitum ff. ſi quis caution. &c.* Eadem ſententia confirmatur per *l. 1. C. commod.* ubi pactum valet, quo in genere commodatarius omne periculum vis majoris, & caſus fortuiti in ſe recepit, veluti ſi res commodata vi latronum, aut hoſtium incurſu intercepta ſit.

Opponitur *l. fiſtulas. 78. §. frumenta. 3. ff. de contr. empt.* ubi dicitur, quod ſi venditor ſe adſtrinxit, *ſe præſtiturum, ſi quid vi aut tempeſtate factum eſſet*, quod uſitatam tempeſtatem tantum præſtare teneatur. Unde de caſu fortuito ſolito & uſitato tantum tenetur, qui pacto in ſe recipit caſum fortuitum. Reſp. Senſus hujus legis hic eſt. Venditor qui vendiderat frumenta in herbis ſeu campis exiſtentia. promiſerat ſe emptori præſtiturum, id quod vis ac mala tempeſtas damni intuliſſet: poſtea nives frumenta corruperunt. reſp. JC. ſi immoderatæ nives & contra conſuetudinem ſævientes damnum attulerunt, venditorem teneri. At ſi ordinariæ & moderatæ nives fuerunt, quia plerumque tempore hyemis ningere ſolet, hoc damnum ſuſtinebit emtor, quia non cenſetur venditor per pactum quo in ſe recepit periculum tempeſtatis, damnum emergens ex moderata ac ſolita tempeſtate præſtare voluiſſe. Itaque ex hoc §. hæc vera deciſio colligitur, quod obligans ſe ad caſus fortuitos, ad inſolitos & rariſſime contingentes caſus ſe obligaſſe cenſetur. Hanc ſententiam defendunt & approbant *Pinell. ad l. 2. C. de reſcind. vendit. part. 1. c. 3. num. 29. Fachin. lib. 1. controv. jur. c. 16.* Diſſentiunt *Bart.* & *Gothofr. ad l. fiſtulas. §. frumenta.*

Asser-

ASSERTIO XVI.

Conventiones inter conjuges de reciproca ſucceſſione valent.

Regulariter pacta de futura ſucceſſione viventis interpoſita jure civili reprobantur & nullius ſunt momenti. *l. 4. C. de inut. ſtip.* Cujus juris hæc eſt ratio, quia hujuſmodi pacta plena ſunt triſtiſſimi & periculoſi eventus, & contra bonos mores inita cenſentur. Inducunt enim votum captandæ mortis, & occaſionem præbent peccandi, propter inſidias, quas ſtruere poſſunt paciſcentes viventi, cujus hereditas in pactum deducitur. *l. ult. C. de pact. l. ſtipulatio hoc modo. 61. ff. de V. O.* Attamen ſi reciproce inter conjuges hujuſmodi pacta interponantur, quod ſuperſtes in prædefuncti conjugis bona in totum vel pro parte ſuccedat, hæc conventio legibus ſcriptis non improbatur, & paſſim uſu forenſi moribuſque recepta eſt & approbata. Eaque ſententia maxime confirmatur per *l. quod autem. 7. §. ſi vir & uxor. 2. ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi ſtatuitur, quod licet donatio inter conjuges ſit prohibita, tamen viciſſitudinaria & reciproca donatio inter eos permittitur, quia hæc conventio non tam ſapit naturam donationis, quam permutationis. Similiter videtur illud pactum de reciproca ſucceſſione inter conjuges juri eſſe conſentaneum, quia in hoc pacto tollitur iſta ſiniſtra ſuſpicio deſiderandi ſeu captandi mortem alterius, cum non minus quis propriam ſuam hereditatem alteri relinquat, quam ut alterius hereditatem ſibi deferri expectet. Hanc opinionem, quod pacta viciſſitudinaria de ſuccedendo inter conjuges valeant, adeo ut ne quidem ob ingratitudinem revocari poſſint, amplectuntur *Gaill lib. 2. obſ. c. 126. Minſ. cent. 2. obſ. 33.* ubi notat in camera imperii hanc ſententiam judicando firmatam eſſe, & notiſſima Germaniæ conſuetudine obſervari.

Sed huic deciſioni opponitur *l. licet. 19. C. de pact.* ubi ſtatuitur, hanc conventionem de mutua ſucceſſione valere inter milites tantum, ex ſpeciali favore, quod ſcilicet milites de bonis ſuis, in vim poſtremi judicii, quomodo volunt, & quomodo poſſunt, diſponere & teſtari poſſint. Ergo in paganis ſeu non militantibus contrarium, jus ſcilicet commune eſt ſervandum, quod vetat pactis hereditatem deferri. *l. pactum. 15. C. de pact. l. 3. C. de collat.* Reſp. Quæ cauſa movit Impp. ut ſingulare hoc jus de pactis reciprocæ ſucceſſionis in militibus admiſerint, favor ſcilicet militiæ, & utilitas reipub. eadem quoque ratio conjugii adaptari poteſt. Nam non minor favor militat pro conjugio, quam pro militia: plurimumque intereſt hæc pacta reciproca de ſuccedendo inter conjuges valere, ut hoc præmio & emolumento de lucrandis bonis dota-

dotalibus, facilius homines invitarentur ad matrimonium contrahendum. agr. *l.* 1. *ff. ſolut. matr.* Præterea juvatur & ſtabilitur hæc conſequentia etiam hac ratione, quia pacta de ſuccedendo ſuper dote & donatione propter nuptias, valida ſunt inter conjuges. *l. hereditas.* 5. *C. de pact. convent. tam ſuper dote quam. &c. l. Divi.* 5. *C. de nat. lib. &c. l. tale pactum.* 40. §. *ult. ff. de pact.* Ergo etiam ſuper cæteris bonis pactum de reciproca ſucceſſione admittetur inter conjuges: plerumque enim fit, ut tam mulieres omnia ſua bona marito in dotem adferant, quam e contra mariti quoque omnia ſua bona in donationem propter nuptias uxori adſignent. arg. *l. mulier bona.* 73. *ff. de jur. dot.* Denique tam arctus & vehemens amor inter conjuges viget, ut nullo pacto hæc ſuſpicio admittatur, quod propter præmaturam ſucceſſionem alter in alterius mortem inhiare, aut alterius fata accelerare velit. Diſſentit *Fachin. lib.* 5. *controverſ. jur. ca* 86. & 87. Vide *Weſemb. in parat. ad tit. de pact. dotal.* ubi notat, talia pacta de reciproca ſucceſſione inter conjuges valere, ſi in iis præſentia quinque teſtium interveniat. *l. ult.* in fin. *C. de codic. l. ult. C. de donat. cauſ. mort.* Nam talia pacta de futura ſucceſſione ſapiunt naturam donationis cauſa mortis, & ſpecies ſunt ultimarum voluntatum. *l. tale pactum.* 40. §. *ult. ff. de pact.*

ASSERTIO XVII.

Conventio non valet, ne dolus præſtetur in contractibus.

ADeo dolus in omni contractu præſtandus eſt, ut cum aliæ pactiones de re privata ratæ ſint, hæc conventio tamen non ſervanda ſit, ne in depoſito quidem, ſi convenerit, ne dolus malus præſtetur, tanquam quæ ſit contra bonam fidem, contraque bonos mores. *l. contractus.* 23. *ff. de R. J. l.* 1. §. *ſi convenit.* 6. *ff. depoſit.* Ideo autem contra bonos mores eſt hæc conventio, quia impunitate doli propoſita invitat ad delinquendum, ubi conveniebat reum metu pœnæ potius a maleficio deterreri. *l. illud.* 5. *ff. de pact. dotal. l. ſi unus.* 27. §. *pacta.* 4. *ff. de pact.*

Sed averſantur huic deciſioni *l. juris gentium.* 7. §. *ſi paciſcar.* 14. *ff. de pact.* & *l.* 4. in fin. *C. de tranſact.* ubi admittitur pactum, *ne dolus præſtetur.* Reſp. Quod dictum eſt, pactionem non valere, qua convenit *ne dolus præſtetur*, intelligendum eſt de dolo futuro, de quo id agitur conventione, ne præſtetur, ſi forte poſtea admiſſus ſit. De præterito vero dolo, ut & de furto, tranſigere & paciſci permiſſum eſt. *d.* §. *ſi paciſcar. l. ſi tibi.* 17. § *quadam actiones.* 1. *ff. de pact.* De præterito dolo quod pacto remitti poſſit, diſerte ſcriptum eſt in *d. l.* 4. Non obſtat autem in hoc caſu ſuperior ratio allata, cur de dolo futuro non liceat paciſci; nam hic remittimus actionem

jam

Digitized by Google

jam nobis quæſitam, nec propterea reum ad dolum admittendum invitamus, cum jam admiſſus ſit, nec de futuro dolo agatur. Sic & de falſo paciſci & tranſigere licet, ſed falſo jam admiſſo, cum quæſtione falſi mota de eo tranſigitur. *l. penult. C. de tranſact.*

Secundo prædictæ aſſertioni graviter repugnat *l. ſi unus.* 27. §. *illud.* 3. *ff. de pact.* ubi etiam admittitur pactio de futuro dolo non præſtando. Nam ita Paulus JC. ait: *Non valere pactionem, ne dolus malus præſtetur, quamvis ſi quis paciſcatur, ne depoſiti agat, vi ipſa pactus videtur, ne de dolo agat, quod pactum proderit.* Reſp. Hæc pactio qua deponens paciſcitur cum depoſitario, *ne depoſiti cum eo agat*, prodeſt quidem reo, ſed non ad hoc prodeſt ei, ut non liceat actori de dolo agere, ſi eum dolo quid feciſſe in depoſito intervertendo probet. At in hoc prodeſt reo, quod ſi dicat ſe rem depoſitam amiſiſſe, quamvis illud non probet, tamen propter prædictam conventionem ei fides habeatur, & allegata tantum amiſſione depoſiti abſolvi debeat, quod non interpoſita hac conventione futurum non erat; quia alioqui amiſſionem allegatam probare tenebatur depoſitarius, aut condemnari debebat. *l.* 4. *C. de pign. act.* At vero ſi actor contendat rem depoſitam adhuc eſſe apud reum, aut dolo malo ejus eſſe amiſſam, & probationem ejus ſuſcipiat, audiendus erit. Nec obſtabit ei prædicta conventio, quæ ſine manifeſta turpitudine non potuit reo concedere, ut impune in depoſito actorem fraudaret. Pactum namque *ne futurus dolus præſtetur in depoſito*, invitat reum ad delinquendum & libere graſſandum fraudandumque in depoſito; quod turpe eſt & contra bonos mores, ac proinde non ſervandum. *l. ſi unus.* 27. §. *pacta.* 4. *ff. de pact.* Ita eleganter tradit *Donell. lib.* 16. *comm. c.* 6. & *ad l.* 6. *C. de pact. num.* 10.

ASSERTIO XVIII.

Si filia dote accepta renunciet hereditati paternæ, eaque ante patrem mortua ſit, non nocet hæc renunciatio nepotibus, quo minus perveniant ad ſucceſſionem avi.

QUando filiæ valide & legitime renunciant ſucceſſioni paternæ, puta cum juramento & dote congrua ſibi conſtituta, ſi moriantur ante patrem, non nocet hæc renuntiatio nepotibus, ſed nepotes nihilominus ad hereditatem avi proprio jure admittentur, ſi modo dotem acceptam conferant. Hæc ſententia probatur primo arg. *l. ſi ex patronis.* 10. §. 1. in fin. *ff. de bon. libert.* & *l. ſi quis filio.* 6. in princ. *ff. de injuſt. rupt. irr. fact. teſt.* ubi traditur, quod ſi pater exheredat filium ſuum, qui moritur ante teſtatorem, iſta exheredatio non nocet nepotibus ex illo filio, quia habetur pro non facta. Ergo eodem modo non debet nocere renunciatio

ciatio hereditatis, quia valide ſumitur argumentum ab exheredatione ad renunciationem. *Caſtrenſ. ad l. qui ſuperſtitis.* 94. *ff. de acquir. hered.* Deinde hiſce duabus rationibus hæc deciſio confirmatur. Prima eſt, quia hæc ſucceſſio debetur liberis proviſione legis ſeu edicti; ideoque parentes eam ſuo judicio ſuaque diſpoſitione tollere non poſſunt. arg. *l. ſi adrogator.* 22. *ff. de adopt. l. ſi quis filium.* 34. *C. de inoff. teſt.* Altera ratio eſt, quia filia renunciando ſucceſſioni futuræ, videtur renunciare ſub ea conditione, ſi ſucceſſio ad eam devolvatur, quæ conditio impletur, quando filia moritur poſt patrem: ſed quando moritur ante patrem, tunc conditio evaneſcit, quia nunquam fuit ſibi delata hereditas. Ergo iſta renunciatio habetur pro non facta. Itaque nepotes nihilominus debent ſuccedere, quia renunciatio nullum eis præbuit obſtaculum. Sed ſi filia quæ renunciavit, obiit poſt patrem, tunc quia hereditas fuit ei delata, ea renunciatio noceret, & obſtaret nepotibus.

Opponitur primo hoc argumentum: Heredes tenentur contractum defuncti approbare, nec poſſunt contractum defuncti impugnare, quando defunctus pro ſe & heredibus ſuis pactus eſt. *l. cum a matre.* 14. *C. de R. V. l. ex qua perſona.* 149. *ff. de R. J.* Ergo & filii non poſſunt reſcindere renunciationem matris, quando mater promiſit nec per ſe, nec per heredes ſuos contravenire: defunctus enim poteſt obligare heredem ſuum. Reſp. Mater cenſetur renuntiatione ſua & pacto obligare heredes ſuos, quoad illa, quæ habent ut heredes matris. Sed filii non petunt illud quod ad matrem ſpectavit, jure hereditario (nam non veniunt ex perſona matris) ſed ex proprio jure, cui renunciatum non fuit, nec illud habent ut heredes matris. Ergo non ſunt heredes ſeu filii obligati hoc pacto matris.

Secundo opponitur, quod filius non poteſt habere feudum ex pacto & providentia, & repudiare hereditatem patris. *c. 1. an agnat. vel fil. defunct. poſſ. retin. feud. repud. hered. lib. 2. tit.* 45. & tamen illud feudum habet ex perſona propria, ex providentia ſcilicet primi domini concedentis feudum, & diſpoſitione legis. Sic etiam hoc caſu, licet filii veniant ex perſona propria, tamen ex quo ſunt heredes matris, debent approbare pactum matris. Reſp. Renunciatio matris habetur pro non facta, propter non impletam conditionem. Renunciatio enim videtur facta ſub conditione, *ſi ſcilicet matri illud jus competierit, & hereditas matri ſit delata.* Atqui hereditas illa matri non fuit delata. Unde renunciatio tanquam deficiente conditione, habetur pro non facta. per *l. qui hered.* 44. & *l. Mævius.* 55. *ff. de cond. & demonſtrat. &c.*

Tertium argumentum. Heres & defunctus habentur pro una & eadem perſona. *nov.* 48. *in præfation.* in fin. *de jurejur. a moriente. præſt. propter. &c.* Ergo quod defunctus pepigit, & heres cenſetur pactus. Reſp. Hoc venit ex fictione juris, ſed vere ſunt diverſæ perſonæ,

ſonæ. Et illa regula procedit in his, quæ habet immediate heres a defuncto, tanquam heres. Sed hanc ſucceſſionem non habent filii tanquam heredes matris, ſed ex proprio jure. Ergo quoad eam non repræſentant matrem, nec poſſunt dici eadem perſona cum matre.

Poſtremo oppono hoc argumentum, quod mater accepta dote renuntians, conſecuta videtur hereditatem, quia dos eſt loco hereditatis. Reſp. Filia non cenſetur accipere dotem hereditatis loco, ſed dote contenta, dicitur adhuc hereditati ſibi debitæ renuntiare. Nam tenetur pater filiæ dotem dare, & nihilominus filia ſuccedit patri dotem conferendo. *l. ult. C. de dotis prom. & nud. pollic. l. illam.* 19. *C. de collat.* Ipſa ergo filia non ſuccedit, quia renunciavit: filii vero ejus, ſeu nepotes nihilominus ſuccedunt avo, quia veniunt jure proprio. Hæc eſt communis DD. opinio, quod renunciatio filiæ facta in bonis paternis vel maternis, non præjudicet nepotibus, ſi filiæ vivo patre vel matre ſint præmortuæ. Ita eleganter tradit *Maranta diſput.* 10. *num.* 13. *Villalobos in comm. opin. litera F. num.* 151. *Stephan. Ranchin. in annotat. ad Guid. Pap. quæſt.* 598. Probatur & hæc opinio a *Baldo in l. ult. C. de pact.* cujus contrarium defendit Romanus: ſed prius verius *Covarr. ad c. quamvis pactum. de pact.* 3. *part.* §. 2. *num.* 4. Extant quoque pro hac opinione duo famoſiſſima conſilia *Weſmbecii conſ.* 11. *num.* 14. & *conſ.* 71. *num.* 16. 17. 18. & ſeqq. Approbat hanc etiam deciſionem *Fachin. lib.* 3. *controv. jur. c.* 23. 24. & 25. *Minſinger. cent.* 2. *obſerv.* 7. *Boër. deciſ.* 3. *Laurent. Kirchov. in comm. opin. concl.* 100. ubi dicit hanc opinionem eſſe communem. *Aymo Cravetta conſ.* 127. *Thomas Grammat. deciſ. Neapol.* 57. Vide hanc quæſtionem abſolutiſſime tractantem & validiſſimis rationibus comprobantem, Nobiliſſ. & Clariſſ. JC. *And. Gail*, Cæſareæ Majeſtat. conſ. & referendarium, *in* ſuis *obſervat. practic. lib.* 2. *obſervat.* 147. per totum.

ASSERTIO XIX.

Tranſactio de crimine falſi jure civili licita eſt.

Super crimine falſi, ſive illud civiliter ſive criminaliter intentatum ſit, tranſactio jure licita & permiſſa eſt. textus ſunt aperti in *l. ipſe ſignificas.* 7. *C. ad l. Corn. de falſ. l. tranſigere.* 18. & *l. penult. C. de tranſaction. l.* 2. *C. de his quib. ut indign. hered. auf. &c.* ubi aperte traditur, tranſactione ſuper falſi crimine facta, non licere tranſigenti de falſo iterum accuſationem inſtituere. Ita decidit *Cujac. lib. obſerv.* 19. *cap. penult.* & *lib.* 6. *c.* 11. Cui adſtipulantur *Govean. lib.* 1. *var. lect. c.* 30. & *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. c.* 9. Diſſentit *Donell. ad l. tranſigere. C. de tranſaction. num.* 14. *Imbertus in enchiridio juris Galli*, in voce *tranſigere.* addens non

licere

licere moribus Galliæ ſuper falſi crimine tranſigere. Idem tradit *Joan. Pap. arreſt. lib. 23. tit. 2. de compoſit. en delicts. art. 4.*

Objicitur *l. Lucius. 17. ff. ad SC. Turp.* ubi generalis abolitio non trahitur ad crimen falſi, quemadmodum nec illæ remiſſiones, quas Principes faciunt ob lætitiam pacis initæ. Ideoque dicendum videtur, quod quamvis in aliis criminibus generaliter tranſactio permiſſa videatur, vel etiam generaliter tranſactum foret, non tamen hoc ad falſi crimen extendendum. Reſp. Neganda in hoc argumento a ſimili conſequentia; & diverſitatis ratio eſt, quia alia eſt abolitionis generalis ratio, alia tranſactionis generalis. Illæ ad falſi crimen non extenduntur, quia falſum fere ſemper pertinet ad rem familiarem & privatum commodum, ideoque abolitionem non convenit eo extendi, non interveniente privatæ partis offenſæ conſenſu. At in tranſactione generali pars offenſa conſentit, ideoque illa ad falſi quoque crimen extenditur.

Secundo objicitur, quod falſi crimen eſt capitale. *l. 1. & 5. C. ad l. Corn. de falſ.* Unde a criminibus non capitalibus non recte excipitur in *d. l. tranſigere. 18. C. de tranſact.* in quibus vetita eſt tranſactio. Reſp. Falſi crimen non eſt capitale eo ſenſu, quo capitale accipitur in *d. l. 18.* nempe ex quo pœna mortis infligitur. Etenim pœna falſi eſt deportationis & publicationis bonorum. *l. 1. §. pœna falſi. 13. ff. ad l. Corn. de falſ.* nec mortis pœna locum habet in crimine falſi, niſi magnitudo rei id exigat. *l. ubi falſi crimen. 22. C. eodem.*

Tertio objicit *Anton. Faber l. 1. §. accuſationem. 10. ff. ad SC. Turp.* ubi mulier quæ ad falſi accuſationem non admittitur, quia ſuam vel ſuorum injuriam non proſequitur, & ſi deſiſtat, non tamen punitur. Ergo ſi ad accuſationem admitteretur, punienda eſſet, ſi deſiſteret, juxta *l. ſi femina. 5. C. eod.* Reſp. Argumentum a contrario ſenſu non recte ſumitur, quia repugnat text. in *l. 4. ff. ad SC. Turp.* ubi dicitur, mulierem quæ propriæ injuriæ cauſa falſi crimen denunciavit, deſiſtentem, SCto Turp. non teneri. Ex quo argumentum aliud ſumitur, tranſactionem de crimine falſi valere. Non obſtat *d. l. ſi femina.* quia non loquitur de crimine falſi, ſed de alio crimine, in quo femina ſuam vel ſuorum injuriam accuſatione perſequitur, & illicite tranſigendo incidit in Turpilianum.

Quarto objicitur. *l. quæſitum. 5. ff. ad SC. Turpill.* ubi is qui minatus eſt falſi crimen ſe objecturum, & ſi poſtea non objiciat, non punitur. Ergo a contrario ſenſu, ſi poſtea objiciat, & deſiſtat, eſt puniendus. Reſp. Licet *d. l. quæſitum.* velit, ut is qui falſi crimen minatus eſt ſe objecturum, & non objecit, non puniatur SC. Turpiliano, inde tamen non ſequitur, iſtud quoque velle, ut qui illud objecerit, & poſtea tranſegerit, in illud SC. incidat; quia huic interpretationi & argumentationi leges omnes adverſan-

tur, quæ de crimine falſi tranſigi poſſe affirmant. Vide *Ant. Fab. lib. 2. conjectur. jur. c. 20.* ubi intendit probare de crimine falſi tranſigere non licere, ſed illius argumentis jam ſatis ſuperque a me eſt reſponſum.

ASSERTIO XX.

Tranſactio poſt rem judicatam interpoſita non valet.

TRanſactio poſt rem judicatam inita nullius eſt momenti. *l. ſi cauſa cognita. 32. C. de tranſact. l. eleganter. 23. §. ſi poſt. 1. ff. de cond. indeb. l. & poſt rem. 7. ff. de tranſact.* ſumto argumento a contrario ſenſu. Ratio eſt, quia tranſactio tantum fit de re dubia & litigioſa. *l. 1. ff. de tranſact.* Sed poſt rem judicatam lis eſſe nequit. *l. ſub ſpecie. 4.* & toto. *tit. C. de re jud.* quia res judicata rem certam & liquidam facit, & finem imponit controverſiæ. *l. res judicata. 207. ff. de R. J. l. 1. ff. de re jud.* Ergo cum res clara ſit, certa, & liquida poſt rem judicatam, tranſactioni omnino non eſt locus.

Opponitur quod poſt rem judicatam valet pactum, veluti ſi quis paciſcatur, *ne judicati agat. l. 7. §. 13. ff. de pactis.* Item quod licet unicuique juri ſuo renunciare. *l. penult. C. de pact.* Solutio. De re judicata licet paciſci, non tranſigere; & qui judicio fuit ſuperior, poteſt juri ſuo per pactum donandi cauſa renunciare, non tamen de eo tranſigere. *Paul. l. 1. ſent. t. 1.* in fin. Ratio eſt, quia tranſactio eſt de re dubia. *l. 1. ff. de tranſact.* Res autem judicata non eſt dubia, cum omnis controverſia per ſententiam ſit ſublata. Pactum igitur donandi cauſa licet interponere poſt rem judicatam, quia pacta fiunt etiam de re certa; tranſactioni vero non eſt locus re ſemel judicata, quia tranſactio tantum fit de re ambigua. *d. l. 1. ff. de tranſact.*

Secundo adverſatur *d. l. ſi cauſa cognita.* verſ. *proinde. C. de tranſact.* ubi inquiunt Impp. *Si non Aquiliana ſtipulatione & acceptilatione ſubſecuta,* ſcilicet poſt rem judicatam, *competentem tibi actionem judicati ſuſtuliſti, rebus judicatis præſes effectum adhibebit.* His verbis videntur Impp. ſibi contradicere, quia primo dixerunt non valere tranſactionem poſt rem judicatam, nec ea perimi actionem judicati; deinde videntur aperte contrarium dicere, ita demum exequendam eſſe ſententiam, ſi tranſactum non ſit. nam per Aquilianam ſtipulationem etiam tranſigitur. Reſp. Propter hanc difficultatem tribus modis hic locus explicatur. Quidam diſtingunt inter tranſactionem factam nudo pacto, & factam per Aquilianam ſtipulationem. Illa non tollit actionem judicati, hæc vero (inquiunt) tollit. Accurſ. merito rejicit hanc ſententiam, quia priora verba legis generaliter loquuntur de tranſactione. Quod autem generi attribuitur, id vere tribuitur omnibus ſpeciebus ſub

ea

ea contentis. Adde quod eadem eſt ratio hoc caſu omnium tranſactionum, quia ſcilicet omnis tranſactio eſt de re dubia: res autem judicata non eſt dubia. Donellus putat his verbis non proponi exceptionem, ſed tantum rationem decidendi, & accipit *ſi* pro *quia*: quod non eſt novum: ut ſenſus ſit, ideo ſententiam eſſe exequendam, quia actio judicati per Aquilianam ſtipulationem non eſt ſublata. Mihi vero maxime vera videtur interpretatio, quam Accurſ. adfert, & probat, ut dictis verbis contineatur exceptio. Hoc autem ſic intelligi debet: Stipulatio Aquiliana intervenire poteſt vel tranſigendi, vel donandi cauſa. Si tranſigendi cauſa, non valet; ſi donandi cauſa, valet, ſecundum ea quæ ſupra expoſuimus. Ajunt ergo Imperatores, ſententiam eſſe exequendam, niſi actio ſublata ſit per Aquilianam ſtipulationem, id eſt, niſi talis ſit ea ſtipulatio, quæ ſuſtulerat actionem judicati, quod perinde eſt, ac ſi dicatur, niſi donandi cauſa intervenerit ea ſtipulatio.

ASSERTIO XXI.

Pactum inter advocatum & clientulum de quota litis initum, jure non valet.

PActum quo convenit inter dominum & procuratorem, vel inter advocatum & clientem, ut procurator, ſeu advocatus ejus litis, quam obtinebit, certam partem conſequatur, non valet. *l. ſi contra.* 20. *C. mandat. l. ſi remunerandi.* 6. §. *ult.* & *l. ſeq. D. eodem. l. ſumtus.* 53. *D. de pact. l. litem.* 15. *C. de procurat.* Similiter nec pactum valet de re certa vel particulari, ſuper qua litigabatur, in eventum victoriæ danda, licet non ad quotam litis hoc pactum referatur, quia utrobique eadem militat ratio: pariter enim moverentur ad calumniandum advocati, propter certam rem ex lite ſibi dandam in eventum victoriæ litis, ſicut propter quotam litis. Ita recte notant *Azo, Cynus* & *Baldus in l. ſi qui.* 5. *C. de poſtul.* Imo advocati & procuratores, qui hoc modo paciſcuntur, ab officio procuratoris vel advocati cum nota ignominiæ removentur. *d. l. ſi qui. C. de poſtul.* Quæ ſententia & jure canon. confirmatur in *c. infames.* §. *arcentur.* 3. *quæſt.* 7. Ratio eſt, quia pactum hoc eſt contra bonos mores: præbet enim cauſidicis occaſionem calumnioſe litigandi, & calumniis veritatem propter ſpem lucri oppugnandi, & opprimendi, ut ſive jure ſive injuria, partem litis ex victoria conſequantur.

Opponitur *l.* 1. §. *ſi cui.* 12. *ff. de var. & extr. cognit.* ubi permittitur advocato partem aliquam ex lite, vel certam pecuniæ quantitatem palmarii nomine paciſci. Reſp. dupliciter: Primo illud pactum tum demum valet, cum lis finita eſt, & per ſententiam deciſa: tunc enim licet advocato pro honorario ſuo, item pro victo-

riæ præmio ſeu palmario quod in lite triumphaverit, certam pecuniæ ſummam a clientulo paciſci, & pactum exigere, quia poſt obtentam victoriam ceſſat pecandi falſique committendi illecebra: pendente vero lite tale pactum non videtur admittendum, quia nullus contractus, nulla conventio inter advocatum & clientulum lite pendente valet. *l. quiſquis. 6. §. preterea. 2. C. de poſtul.* Secundo licet quidem advocato vel procuratori de certo honorario etiam palmarii nomine ſibi dando cum cliente paciſci, ſed non quantum ipſe vult, verum quantum lex præſcribit. Lex enim definit certam quantitatem honorarii nomine dandam advocatis, ut ſcilicet poſſint in cauſis gravioribus & arduis honorarii loco pro cauſæ patrocinio exigere centum aureos, ſupra vero centum aureos advocatus accipere non poteſt. *d. l. 1. §. ſi cui. 12. verſ. licita autem.* Vide latius de hac aſſertione differentem *Menoch. in arbitr. jud. cent. 6. caſu 522.* & *Guidonem Pap. in deciſ. Gratianop. quæſt. 102.* ubi *in addit.* notat. *Pet. Mattheus*, extare SC. Pariſienſe latum anno 1514. quo hujuſmodi pactiones ſordidæ & fraudis conſciæ declarantur.

Assertio XXII.

Spurii non ſunt infames.

SPurii appellantur, qui vulgo quæſiti & incerto patre nati ſunt, quales ſunt, qui ex ſcorto ſeu meretrice nati ſunt, ſic dicti, quaſi σποράδην concepti, vel quaſi ſine patre filii, vulgo nominantur *baſtardi*, quaſi *van boſer aert. §. ſi adverſus ea. 12. inſtit. de nupt. l. vulgo concepti. 23. ff. de ſtat. hom.* Quæritur autem a DD. an ſpurii ſint infames habendi? Et verior probabiliorque eſt ſententia, proprie nec juris nec facti infamia ſpurios notatos eſſe, etſi negari non poſſit eis aliquid ineſſe maculæ, quod alibi Baldus ſcite comparat auro alchimiſtico. Recte enim & accommodate de hiſce liberis alicubi ſcribit Auguſtin. *Bene eſt liberis quibus nec de matre eſt erubeſcendum, nec de patre dubitandum.* Unde & ſpurii jure civili tanto odio laborant, ut nec a patre quidem alimenta petere poſſint. *auth. ex complexu. C. de inceſt. nupt.* Quod tamen intelligendum eſt non de liberis naturalibus ex concubina natis, ſed de ſpuriis natis ex coitu a lege damnato, puta nefariis & inceſtuoſis liberis, qui ex adulterio & inceſtu nati ſunt. *d. auth. ex complexu.* & ibi *gloſſ.* Jure tamen canonico clementius cum iis agitur, quia non eſt æquum infantem a Deo creatum fame necari. *cap. cum haberet. extr. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* Quæ ſententia & judicando approbata eſt in curia ſuprema Mechlinienſi, ubi pronuntiatum eſt, quod liberis quos ſacerdos ex concubina ſuſceperat, licet non ſuccedant parentibus ab inteſtato, tamen alimenta

menta illis ſint præſtanda, ſecundum vires patrimonii, & qualitatem perſonarum, juxta *d. cap. cum haberet. extr. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* Ita pronunciatum in curia Mechlinienſi anno 1561. die 10. Januarii in cauſa liberorum ſpuriorum cujuſdam ſacerdotis, D. Brunonis Wilhelmi ſacerdotis eccleſiæ Weſopienſis, quibus juſſi ſunt heredes proximi ab inteſtato competentia alimenta præſtare ex bonis defuncti patris ſacerdotis ad arbitrium & taxationem curiæ. Ita relatum extat in deciſion. ſupremi ſenatus Holl. & Weſtfriſ. deciſ. 2. Duplici autem ratione hæc deciſio, quod ſpurii non ſunt infames, fundatur & ſtabilitur. Prima eſt, quia pœna delicti ſuos debet tenere auctores, nec ulterius progredi debet metus, quam reperiatur delictum. *l. ſancimus. 22. C. de pœn.* Cum ergo ſpurii nihil deliquerint, non debent luere pœnam ſcortationis paternæ. Altera ratio eſt, quod calamitas vel infortunium parentum non debet liberis damnum aut dedecus adferre. *princ. inſtit. de ingenuis. l. crimen. 26. ff. de pœn.* ubi traditur, *quod crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere poteſt.* Denique probatur hæc ſententia per *l. ſpurii. 6. ff. de decur.* ubi ſtatuitur, ſpurios poſſe in ordinem decurionum vel ſenatorum eligi, addita hac ratione, quia *non eſt impedienda dignitas ejus qui nihil admiſit.* Jure canon. ſpurii ad quaſvis dignitates, ſalva epiſcopali, admittuntur. *c. per venerabilem. qui fil. ſint legit. Ariſtot.* etiam *libro. 6. Politic.* hoc genus hominum a reipub. adminiſtratione minime ſubmovendum arbitratus eſt. Porro, ut dixi, levis quædam macula adhæret ſpuriis, & plerumque ſpurii deteriores cæteris liberis evadunt. Unde & dicuntur *baſtardi*, quaſi *boos aart.* id eſt, degeneris ingenii. Cujus rei elegantem rationem adfert Auguſtinus, dum inquit: *Quia ejuſmodi filii a patre contemnuntur, nec recte educantur, nec caſtigantur, unde ſæpe deteriores cæteris evadunt. Chryſoſt. in 12. cap. ad Hebr. Homil. 29.* populum adhortatur, ut putent Deum agere paterne, quando nos caſtigat; nam patres ſpurios ac nothos liberos negligunt. Ergo Deus quando caſtigat, agit verum & legitimum patrem.

Adverſatur huic aſſertioni hoc argumentum. In liberis & poſteris plerumque exempla criminis paterni metuuntur. Scortatores namque videntur quandam vim transfundere in ſemen, quæ etiam tranſeat in filios, unde malæ ſequuntur inclinationes; atque hinc judicantur cæteris eſſe deteriores, propterea quod puerili ætate non corrigantur. Reſp. Hoc argumentum eſt quidem probabile, non tamen neceſſarium. Nam etſi ſæpe ſolet ſimilis filius eſſe patri, tamen hoc non eſt perpetuo verum, cum & ex improbo & vili patre aliquando naſcatur probus & integræ vitæ filius, ſicut e contra ex probo & honeſto patre degener & improbus ſæpe producitur filius. Unde ſpurii ſi modo virtutibus, & honeſtis moribus prædití

 ſint,

ſint, non debent propter natales impediri, quo minus ad honores & dignitates perveniant.

Secundo vehementer adverſatur locus *Deuteron. c.* 23. ubi dicitur: *Spurius non introibit in cœtum vel concionem populi, ne in decima quidem generatione.* Non ingredi in concionem, eſt ad fungendum officio ſacro vel civili inhabilem reddi. Proinde ſpuriis non licuit tribunatum, præturam vel ſacerdotium gerere, licet patrem habuiſſent ſacerdotem, vel Principem. Reſp. Excludebantur quidem lege Moſaica ſpurii a miniſterio & dignitate eccleſiaſtica, ſed illa lege nunc non adſtringimur, & illa lex lata eſt ad ſcortationis deteſtationem tantum. Si itaque ſpurii ſint ſingulari prudentia, & excellentibus virtutibus præditi, non ſunt hodie ab officiis & muneribus politicis vel eccleſiaſticis prohibendi. Hinc & Jepthe qui ſpurius erat, & ex meretrice natus, a populo Iſraëlitico fuit in ducem exercitus, & Principem populi electus, illumque Deus ipſe ſuo populo gubernatorem præfici voluit. *Judic.* 11. *in princip.* quia Deus non ſibi, ſed hominibus legem præſcripſerat. Ad hæc & ſatis conſtat, multos, qui ſpurii fuerunt, egregios & inſignes viros extitiſſe, & ad maximas dignitates evectos eſſe, ut *Palæotus in tract. de ſpuriis, cap.* 55. ſolide demonſtrat Ubi inter cæteros recenſetur Bartolus JCtorum coryphæus, quem vulgo lucernam juris, fontem veritatis, & ſaccum legum indigitant. Hic tamen extra conjugii ſchema natus, ſpurius fuit, ſed poſtea a Carolo IV. Cæſare natalibus reſtitutus, ac nobilitatem adeptus eſt, ut refert *Bodin. lib.* 1. *de repub. c.* 9. Quod confirmat Sannazarius Italus poëta, qui aſſerit tres maximos juris noſtri interpretes, puta Bartolum, Joannem Andreæ, & Jaſonem fuiſſe ſpurios & natos extra legitimum thorum, referente *Alciato libro* x. *parergon. c.* 8.

Tertio opponitur *l.* 3. §. *ſpurios.* 2. *ff. de decur.* ubi traditur, quod ſpurii non admittantur ad honores, ſi alii legitime nati cum iis concurrant. Reſp. Verum quidem eſt, ſi alii legitime nati cum ſpuriis concurrant; qui æque apti & honeſti ſunt, tunc ſpurii illis cedere debent; quod ſi non eveniat, ſpurii etiam, modo ſint honeſti & probi, ad honores admittentur. Denique hæc diſtinctio ſervanda eſt in hoc articulo: Aut ſpurii re & vita honeſta ſunt, & tunc nulla infamia laborare cenſentur, ideoque non obſtabit illis vitium natalium, quo minus ad honores admittantur. *d.* §. *ſpurios.* ubi dicitur: *etiam ſpurii ad decurionatum & re & vita honeſta recipientur.* Aut ſpurii ſectantur vitia paterna, & tunc tanquam inhoneſti & infames ab honoribus arcentur. His ſuffragatur deciſio juris canonici in *c. nunquam. diſtinction.* 56. ubi ex auctoritate Chryſoſtomi ſancitur hoc modo: *Natus ex meretrice, ſi propria virtute decoretur, parentum non dedecoretur opprobriis.* Hanc ſententiam, quod ſpurii non ſint infames, defendit *Palæotus in tractatu de ſpuriis*,

riis, *capite* 55. & 56. *H. Piſtor. libro.* 1. *quæſtion. cap.* 30. *Fachin. libro.* 4. *controverſ. jur. cap.* 93. *Martyr. in loc. commun. Theolog. claſſ.* 2. *cap.* 11. Diſſentit *Minſ. cent.* 4. *obſ.* 31. Vide & *Jacob. Thomingium deciſion.* 48. *Tiraquell. in tract. de nobilitat. cap.* 15. *num.* 30. & *ſeqq.*

ASSERTIO XXIII.

Infames jure civili poſſunt eſſe procuratores.

COntrovertitur inter DD. num infamis poſſit eſſe procurator. Et quidem jure civili infamis procurator eſſe poteſt, quia procuratoris officium eſt vile & abjectum, in quo dignitas perſonæ non attenditur. §. *ult. inſt. de except.*

Sed obſtat *l.* 1. §. *removet.* 6. *ff. de poſtulando*, ubi dicitur, quod infames removentur a munere & officio advocati. Reſp. Officium advocatorum eſt laudabile atque honoratum, eſtque advocatio honos & dignitas. *l. laudabile.* 4. *C. de advocat. diverſ. jud.* Atqui infamibus portæ dignitatum non patent. *c. infamibus. de R. J. in* 6. Procuratoris vero officium vile eſt atque privatum, & in onere potius quam honore conſiſtit. *l. ſi quis procurationem.* 34. *C. de decurion.* Unde infames a procuratoris munere non repelluntur. Secundo adverſatur *l. qui accuſare.* 9. verſ. *alii propter delictum. ff. de accuſ. & inſcript.* ubi ſtatuitur, quod quidam propter delictum prohibentur accuſare, ut ſunt infames. Unde colligitur, quod infames etiam non poſſint eſſe procuratores, ſaltem in cauſis criminalibus. Reſp. Hoc non accipiendum eſt de qualibet infamia, ſed de ea quæ contracta eſt ex publico vel capitali judicio vel graviori quodam crimine, arg. *l.* 1. *ff. de bon. poſſ. contr. tab.* ubi habetur, quod deportatus ob crimen publicum habetur pro mortuo. Ergo cum infamis ex capitali crimine cenſeatur pro mortuo, procurator in judiciis eſſe non poteſt. Idem comprobat *l.* 1. §. *removet.* 6. *ff. de poſtul. l. reum.* 6. *C. de procur.* ubi traditur, reos vel damnatos capitali crimine non poſſe poſtulare vel procurare. Vel poteſt reſponderi, quod ex eo quod traditur infamem non poſſe accuſare, non bene concluditur generaliter infamem non poſſe accuſare, & infamen non poſſe eſſe procuratorem, ſed hoc tantum inde conſequitur, infamen in judiciis criminalibus non poſſe fungi procuratoris officio: nam in cauſis criminalibus, quæ per accuſationes exercentur, procuratores neque pro accuſatore, neque pro reo intervenire poſſunt. *l. penult.* §. 1. *ff. de publ. jud.* De jure vero canonico infames non poſſunt eſſe procuratores. *c. infames.* 3. *q.* 7. Quod & hodie in judiciis bene ordinatis, & præſertim in Camera Imperii uſu obſervatur, in qua nemo ad munus procuratoris admittitur, niſi ſit doctor vel licentiatus juris. Ratio eſt, quia hoc eſt conſiſtorium ſummi Principis, ſci-

licet Imperatoris & ſtatuum imperii, in quod nefas eſt ingredi infamibus. arg. *l.* 8. §. *ſcribit autem.* 9. *ff. de excuſat. tut.* ubi dicitur, quod infames non poſſunt ingredi urbem Romam, quia eſt Imperatoris vel Regis aula vel curia. Unde nec in Principis tribunali vel conſiſtorio poſſunt exercere officium procuratoris. Ita eleganter tradit *Mantua in gloſſar. juris claſſ.* 9. *cap.* 30. Vide bene de hac re differentem *Gail lib.* 1. *obſ. c.* 43. & *Sichard. ad l. reum.* 6. *C. de procur.* qui tamen contrariam ſententiam amplectitur, quod infames etiam de jure civili poſſint eſſe procuratores indiſtincte.

ASSERTIO XXIV.

Procuratoris apocha de recepto, præjudicat domino.

GRavis & illuſtris quæſtio eſt inter DD. an apocha facta a procuratore habente mandatum ad exigendam vel recipiendam pecuniam, habeatur pro veritate, ita ut domino faciat præjudicium. *Bart. in l.* 2. §. *in mutui. ff. de rebus cred.* tradit, quod non præjudicet domino procuratoris prædicta confeſſio. Verum contraria ſententia verior eſt, & legibus magis conſentanea, quod ſcilicet procuratoris apocha de recepta pecunia, præjudicet domino. Probatur primo hæc ſententia per *l. Lucius.* 46. §. *tutela.* 5. *ff. de adminiſtrat. & peric. tutor. &c.* ubi apocha tutoris, qua confitetur tutor ſibi a debitore pupilli ſolutum eſſe, præjudicat domino ſeu pupillo. Eadem ergo ratione apocha procuratoris domino faciet præjudicium, quia non magis tutor poteſt donare res pupilli, quam procurator pecunias domini. *l. præſes.* 12. *C. de tranſact. l. pactum curatoris.* 22. *C. de pact. d. l. Lucius.* §. *ult.* in fin. Comprobat ſecundo hanc opinionem *l. ult. ff. de inſt. act.* ubi etiam ad obligandum dominum chirographum inſtitoris ſeu procuratoris ſufficit. Tertio plurimum pro hac opinione facit *l.* 2. in fin. *C. de quadr. præſcript.* ubi apocha facta a procuratore fiſci præjudicat fiſco, unde & de procuratore privati idem erit dicendum.

Pro contraria opinione adducitur textus in *l.* 1. §. *ſi mutuam.* 17. *ff. ſi quid in fraud. patron. fact. ſit.* ubi traditur, quod licet libertus mutuum accipiendo & profundendo noceat patrono in legitima ei debita, verum tamen eſt, ſi id re ipſa accipiat, confeſſione vero ſola mutui recepti ei præjudicare non poteſt. Similiter & procurator bonorum, etiamſi liberam adminiſtrationem habeat, confitendo non præjudicabit domino, quia plus poteſtatis in negotio ſibi demandato habere nequit, quam libertus habet in propriis bonis. *l. creditor.* 60. §. *Lucius.* 4. *ff. mandati. l. contra.* 28. §. *ſi filius.* 2. *ff. de pact. l. procurator, cui generaliter.* 58. *ff. de procurat.* Reſp. Non obſtat huic ſententiæ quod dicitur in *d. l.* 1. confeſſionem a liberto de recepto in fraudem patroni factam, ei non parere præjudi-

judicium. Hoc enim veriſſimum eſt, neque noſtram evertit opinionem. Nam eodem modo, ſi conſtat de fraude procuratoris, & quod pecunia non fuerit recepta, apocha procuratoris non nocebit domino, ſicut nec patrono nocet. Si tamen de fraude alias non conſtat, apocha vera præſumitur, nec eam procurator ipſe, qui fecit, nec dominus negare poterit, niſi id legitimis probationibus oſtendat. Hanc ſententiam quod procuratoris confeſſio de recepta pecunia, quando præceſſit mandatum de recipienda pecunia, præjudicet domino, egregie defendit & illuſtrat *Sarmient. lib. 3. ſelect. interpret. c. 11.* A qua ſententia diſſentit *Fachinaus lib. 2. controverſ. jur. c. 55.*

ASSERTIO XXV.

Procurator ad certam litem datus, non ſolum appellare, ſed etiam appellationem proſequi tenetur.

QUæſtio dubia & in diverſas partes agitata eſt inter DD. an procurator ad certam litem datus, ſuſcepto officio non ſolum teneatur appellare, ſed etiam appellationem interpoſitam ad extremum proſequi. Communiter DD. ſtatuunt in *l. invitus. 17. C. de procurat.* procuratorem victum appellare quidem debere, ſed inſtitutam appellationem proſequi & exercere non teneri. Hanc ſententiam ſequitur & approbat *Boër. deciſ. 285. num. 9.* Contrariam ſententiam defendit Placentinus vetus interpres, quod procurator non ſolum appellare, ſed etiam appellationem inſtitutam proſequi debeat. Quæ ſententia accurate comprobatur & defenditur a Donello, mihique quoque juri & legibus magis conſentanea videtur. Probatur primo hæc deciſio hac ratione. Procurator ad cauſam & litem datus, ſuſcepto officio tenetur agere & rem judicio perſequi. At vero agere eſt rem judicio ad extremum uſque perſequi, donec aut quis conſequatur agendo quod petit, aut re judicata certum ſit factum amplius agi non poſſe. Itaque cum re judicata poſſit adhuc amplius agi auxilio appellationis, tenetur procurator qui cauſam promiſit ſe acturum, non ſolum appellare, ſed etiam cauſam appellationis proſequi. Secundo confirmatur hæc ſententia expreſſe per *l. 2. ff. an per alium cauſæ app. redd. poſſ.* cujus hæc ſunt verba: *Si procurator abſentis appellaverit, deinde rationes reddiderit, nihilominus & ipſe reſpondere debet.* Quorum verborum hæc eſt ſententia: Si procurator victus appellavit, ut pro officio appellare debet, quamvis rationes appellationis reddiderit, nihilominus debet reſpondere, id eſt, cauſam appellationis peragere, ſi vult obligationi & fidei ſuſceptæ ſatisfacere.

Opponitur huic aſſertioni *l. ſi actor. 10. C. de appell.* ubi actor a

curatore ordinatus, ſi victus ſit, appellare quidem poteſt, verum non cogitur appellationem exercere & proſequi, ſed hoc curatori committitur. Reſp. Illic agitur de actore, qui a curatore ordinatus eſt ad litem, inter quem & procuratorem magna eſt diſſimilitudo. Nam actor datur a tutoribus & curatoribus, qui non ſunt domini litis. *l. neque tutores.* 11. *C. de procur.* procurator datur a domino litis. Deinde actor datur, ſi juſtum aliquod impedimentum vel legitima neceſſitatis cauſa impediat tutores ab adminiſtratione, & cum decreto prætoris conſtituitur, ſi ea cauſa prætori probetur. *l. decreto.* 24. *ff. de adminiſtrat. & peric. tut. &c.* At procuratorem conſtituit dominus pro ſuo arbitrio, utpote in re ſua, cujus ipſe moderator eſt & arbiter, & tantum ei confert, quantum vult. Denique ad certam partem adminiſtrationis actor a curatoribus eligitur, ceſſanteque impedimento, propter quod tutores impediti actorem elegerunt, revocatur actor. *l.* 10. *§. ult. ff. de excuſ. tut.* At contra dominus, quia plenam habet rei ſuæ poteſtatem, procuratori actionem mandando, omnia quæ actionis verbo continentur, ei mandare cenſetur. Continetur autem agendi verbo, ut agat procurator, quamdiu de jure agi poteſt. In quo ineſt appellatio, & appellationis proſecutio. Cum vero actori a curatore tantum certa pars adminiſtrationis, puta prima lis committatur, idque quamdiu curator eſt impeditus, ſecunda appellationis cauſa judicio & adminiſtrationi curatoris reſervatur. Non quia non actori iſti generali verbo mandetur actio, ſicut & procuratori, ſed quia non patitur utilitas minorum, ut plus ei mandatum intelligatur, quam quod nominatim & expreſſe cautum eſt, quo ſcilicet minorum actio & commodum, quam maxime fieri poteſt, in adminiſtratione & fide tutoris curatoriſve retineatur. Ita eleganter & ſolide tradit *Donell. lib.* 18. *comment. c.* 16.

ASSERTIO XXVI.

Quando dubitatur de mandato procuratoris, tunc admittitur cum cautione de rato.

TRaditur hæc deciſio pro regula in *l.* 1. *C. de procurat.* & *l. ſervum.* 33. §. 3. *ff. eod.* ubi ſtatuitur, quod procurator agens alieno nomine debet cavere de rato, ſi de mandato ejus incertum eſt. Porro in hac quæſtione, quando cautio de rato præſtanda ſit a procuratore actoris, ita communiter diſtinguitur. Aut certum eſt procuratorem habere mandatum, & tunc nulla opus eſt cautione de rato. *l. ſi procuratorem.* 65. *ff. de de procur.* textus expreſſus in *l. unic. C. de ſatisſd.*

Sed obſtat *l. de pupillo.* 5. §. *qui procuratorio.* 18. *ff. de nov. op. nunciat.* ubi etiam verus procurator, hoc eſt, qui mandatum habet, de rato

rato ſatiſdare cogitur. Reſp. Fieri quidem poteſt, ut quis ſit verus procurator, & tamen de eo non conſtet; itaque eo caſu ſatiſdabit de rato, cum dubium eſt, an ſit procurator. *gloſſ. in. l. non ſolum.* 39. §. 1. *ff. h. tit.* Aut conſtat procuratorem nullum habere mandatum, & tunc ne offerens quidem cautionem de rato, invito adverſario admittitur. per *l. ſi pupilli.* 6. §. *ult.* verſ. *certe. ff. de negot. geſt.* Aut probabiliter dubitatur de mandato, ut ſi proferatur mandatum mutilum, inſufficiens & minus plenum, & hoc caſu admittitur procurator cum cautione de rato. text. notab. in *l. ſi is a quo.* 3. §. *ſi procurator.* 2. *ff. ut in poſſ. legat. &c.* Eſt itaque in electione procuratoris actoris, cum de mandato dubitatur, an velit cavere de rato, vel docere de mandato. Quæ ſententiæ Johannis Gloſſographi eſt probabilior. Recte enim ille notavit procuratorem actoris in hac cautione præſtanda reum eſſe. Atqui cum reus alternative obligatus eſt ad duo, tunc in electione ejus eſt, utrum præſtare velit. §. *ſi quis agens.* 33. verſ. *huic autem. inſtit. de act. l. plerumque.* 10. in fin. *ff. de jur. dot. gloſſa in d. l. non ſolum.* §. 1. in verbo *debet.* ubi quoque Bart. eleganter hoc modo diſtinguit. Quem ſequuntur *Weſembecius in parat, num. 6. de procurat. Donell. lib.* 18. *comm. c.* 13.

Sed adverſatur prædictis *l. qui ita.* 66. §. 1. *ff. ad SC. Trebell.* ubi etiam procurator actoris abſentis, qui deſiderat ſibi hereditatem reſtitui, non admittitur cum cautione de rato, ſi de ejus mandato dubitetur. Reſp. Ubicunque reo non ſatis cautum eſt per ſatiſdationem de rato, tunc debet conſtare de mandato procuratoris actoris. Sic in hoc caſu ſi heres cogeretur adire hereditatem ad petitionem procuratoris, de cujus mandato dubitatur, & dominus poſtea non haberet ratum, nec eſſet, cui fieret reſtitutio hereditatis, heres remaneret implicitus oneribus hereditariis. *Bart. ad d. l. non ſolum.* §. 1. *ff. de procurat.* Admittitur ergo procurator cum cautione de rato, quando per eam idonee cautum eſt adverſario; alias de mandato procurator docere debet. Quæ doctrina limitatur in procuratore conſtituto de publico ad exigenda tributa: hic enim non admittitur, niſi inſinuet judici mandatum, *novell.* 128. §. *qui vero ad quacunque.*

Videtur etiam obſtare huic deciſioni *l. non diſtinguemus.* 32. §. *penult. ff. de recept. qui arbit. recept.* ubi procurator qui litigat nomine domini coram arbitro, non tenetur præſtare cautionem, ratum habiturum dominum quod agit. Ergo nec procurator coram judice litigans, ubi de mandato ejus dubitatur, de rato ſatiſdare tenetur, quia arbitria ad inſtar judiciorum ſunt redacta. *l. 1. ff. de recept. qui arbitr. recept.* Reſp. Aliud in arbitriis quam judiciis receptum eſt; & ratio diverſitatis eſt, quia apud arbitrum ideo non cavetur, quod nemo tenetur præciſe ad id, quod in laudo arbitri comprehenditur, ſed ſi ſolvat pœnam in compromiſſo definitam,

non

non tenetur ſtare ſententiæ arbitri. *l.* 1. *C. de arb.* Quod non eſt in ſententia judicis, cui litigantes præciſe tenentur parere. *Sich. ad l.* 1. *C. de proc.* Prædicta obtinent in procuratore actoris. Procurator vero vel defenſor rei indiſtincte tenetur cavere de judicato ſolvendo, etiamſi mandatum habeat, niſi dominus idem pro eo ſatiſdare malit. *l. unic.* in fin. *C. de ſatiſd.* vel niſi immobilia poſſideat, quo caſu nude tantum promittit. *l. ſciendum.* 15. *ff. qui ſatiſd. cog. &c.* Rationem diverſitatis reddit *Accurſ. in l. non ſolum.* 39. §. 1. *ff. de procur.* Denique ſupraſcripta deciſio fallit in conjuncta perſona, quæ ſine mandato alieno nomine agere & experiri poteſt, etiamſi conſtat aperte eum nullum habere mandatum, dummodo ſatiſdet de rato. *l. exigendi.* 12. & *l. maritus.* 21. *C. de procur. l. ſed & hæ.* 35. *ff. eodem.*

ASSERTIO XXVII.

Maritus poteſt eſſe procurator uxoris, etiam ſine mandato, dummodo caveat de rato.

MAritus tanquam conjuncta perſona poteſt eſſe procurator uxoris, & abſque ullo mandato agere, litemque uxoris proſequi, & a ſententia appellare, dummodo impleat ſolemnia ſatiſdationis, hoc eſt, caveat de rato. Ratio decidendi eſt, quia conjunctæ perſonæ, ut ſunt parentes, liberi, fratres & affines, poſſunt pro conſanguineis & affinibus ſine mandato agere & experiri, *l. ſed & hæ.* 35. *ff. de procurat.* dummodo de rato caveant. *l. non ſolum.* 39. §. *ſi de dote.* 3. *ff. de procurat.* Itaque & maritus poteſt ſine mandato nomine uxoris agere in judicio, quia habetur pro conjuncta perſona, modo de rato caveat. *l.* 2. & *l. maritus.* 21. *C. de procur.*

Sed hiſce duabus legibus, ſcilicet *d. l.* 2. & *d. l. maritus.* quibus traditur, maritum poſſe eſſe procuratorem uxoris, citra mandatum, præſtita ſatiſdatione de rato, obſtat *l. ult. C. de pact. convent. tam ſuper dot. &c.* ubi traditur, quod maritus admittatur, ut tanquam procurator agat pro uxore, etiamſi non ſatiſdet de rato, hoc eſt, licet non caveat, quod uxor ratum habebit, quod per eum geſtum erit. Ad hanc objectionem reſpondendum, quod uxor habeat triplicia bona, dotalia, paraphernalia, & receptitia. Quod ad bona dotalia attinet, in iis non ſolum maritus abſque mandato, ſed etiam ſine cautione de rato agere poteſt, quia ſuper proprio ſuo jure agit, cum ſit rerum dotalium dominus: unde & eorum nomine non uxori, ſed marito rei vindicatio competit. *l. doce ancillam.* 9. *C. de R. V.* Parapherna ſunt, quæ præter dotem uxor marito adfert, quorum curam & adminiſtrationem uxor marito concedit. *l. ſi ego.* 9. §. *cæterum.* 3. *ff. de jur. dot. l.* 8. *C. de pact. convent.*

tam

tam ſuper dot. &c. Et in his bonis maritus admittitur tanquam conjuncta perſona ſine mandato, ut ſit procurator uxoris, etiamſi non offerat cautionem de rato. Et de illis duobus bonorum generibus agit *d. l. ult. C. de pact. convent. &c.* Tertio ſunt bona uxoris receptitia, quæ nec dantur marito, nec hic adminiſtrat ea, ſed ea mulier retinet ſibi peculiariter, & in hiſce bonis receptitiis procedit *d. l.* 2. & *d. l. maritus. C. de procur.* quod ſcilicet maritus tanquam procurator uxoris poſſit in his bonis agere abſque mandato, dummodo præſtet ſatiſdationem de rato. In aliis vero bonis, etiam abſque mandato & cautione de rato admitti debet. Ita eleganter diſtinguunt *Gail lib.* 2. *obſ. cap.* 133. & *Minſ. cent.* 3. *obſ.* 33. Illud tamen eſt obſervandum, quod quorumcunque bonorum inſtrumenta mulier marito tradiderit, per eam traditionem ſatis probari mandatum. Traditio enim inſtrumentorum ad litem pertinentium alicui a domino facta, facit cum procuratorem ad lites. *d. l. ult. C. de pact. convent. &c.*

Poſtremo notandum, quod licet maritus poſſit eſſe procurator uxoris ad litem, non tamen poteſt eſſe curator bonorum uxoris. *l.* 2. *C. qui dare tut. vel cur. poſſ. &c. l. virum.* 14. *ff. de curat. furioſ.* Ratio diverſitatis eſt, quia curatoris officium longe plenius eſt, & magis præjudiciale, quam procuratoris, quia curator ſemel datus non poteſt revocari, niſi aut ſuſpectus fiat, aut anni curæ deputati ſint elapſi, vel alia ſimilis cauſa intervenerit. Sed procurator poteſt ad arbitrium domini revocari ante litis conteſtationem. *l. ante.* 16. *ff. de procur.* Ideoque facilius admittitur, quam curator. *Sichardus ad l.* 2. *C. de procur. num.* 3.

ASSERTIO XXVIII.

Minor 25 annis Juriſperitus læſus ex contractibus, in integrum non reſtituitur.

HÆc deciſio hiſce quatuor argumentis & rationibus comprobatur. Primo confirmatur ex eo, quod traditur in *l.* 2. §. *Servius.* 43. *ff. de orig. jur. &c.* quod turpe ſit JCto patritio, & cauſas in foro peroranti, jus in quo verſatur ignorare. Ergo doctor juris ſi reſtitutionem peteret, quia per imprudentiam diceret ſe læſum, turpitudinem ſuam allegaret.

Secundo ſtabilitur hæc ſententia ex eo, quod cauſa reſtitutionis in integrum ſit imperitia rerum, quæ minorem ætatem plerumque comitari ſolet. *l.* 1. *ff. de minor.* Hæc autem ratio ceſſat in juriſperito, quia cum juriſprudentia ſit divinarum atque humanarum rerum notitia, juſti atque injuſti ſcientia, certe qui omnium humanarum atque divinarum rerum ſe peritum profitetur, nulla fronte poterit rei a ſe geſtæ imperitiam allegare. Huc accedit, quod olim

olim non ſolum de jure reſpondebant juriſperiti, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique negotio & officio conſulebantur, ac ſi omnium rerum eſſent periti, ut Cicero teſtatur *l.* 3. *de Orator.* Ridiculum autem eſſet illum, qui de agro emendo ab aliis conſulitur, in emtione agri ſui ſe captum eſſe prætendere, cum qui ſibi non ſapiunt, alteri viam infeliciter monſtrent.

Tertio hanc ſententiam convincit *l. regula.* 9. §. *ſi quis.* 5. *ff. de jur. & fact. ign.* ubi dicitur, quod juris ignorantia non prodeſt, ſi quis JC. copiam habeat, vel ſua prudentia inſtructus ſit.

Quarto eadem opinio probatur ex *l. cum de indebito.* 25. §. *ſin vero ab initio. ff. de probat.* ubi traditur, quod is qui doctus eſt & induſtrius paterfam. non præſumitur in aliquo facile erraſſe, maxime ſi forenſium rerum ſit peritus; quæ peritia plane in legum doctore deſideratur. Et hanc eſſe communem DD. ſententiam, quod minor JCtus, ſeu juris doctor læſus non ſit reſtituendus in integrum, tradit *Fachin. lib.* 3. *controverſ. jur. c.* 5. licet ipſe in contrariam partem inclinet.

Objicitur *l.* 1. *C. qui & adverſ. quos in int. reſtit. non poſſ.* ubi dicitur, ſi minor 25 annis decurio civitatis ſit creatus, quod ei nihilominus reſtitutio in integrum concedenda ſit. Atqui decuriones cum tractent negotia reipub. & conſiliis judiciiſque reipub. moderandis & exercendis præſint, plane debent eſſe legum periti. Ideoque cum decuriones nihilominus reſtituantur in integrum, ſi lapſi ſint lubrico ætatis, conſequitur & juris doctores eſſe in integrum reſtituendos. Reſp. Decuriones etiam ii recte plane literarum ſunt expertes, multo magis qui juris ſunt imperiti. *l. expertes.* 6. *C. de decurion.* Nam decuriones tantum conſilii publici gratia creabantur, curamque & adminiſtrationem bonorum civitatis habebant, non autem judicandi munus gerebant, ac proinde legum peritia in illis non requirebatur. *l. pupillus.* 239. §. *decuriones.* 5. *ff. de V. S.* Quocirca a decurionibus ad doctores juris non ducitur efficax argumentatio. Vide *Sarmient. lib.* 3. *ſelect. interp. c.* 12. ubi in contrariam ſententiam inclinat, quod videlicet minori 25 annis læſo beneficium reſtitutionis in integrum non ſit denegandum.

ASSERTIO XXIX.

Minor in delictis non reſtituitur in integrum.

REgula eſt juris, minorem nec in criminibus, nec in delictis reſtitui in integrum *l. ſi ex cauſa.* 9. §. *nunc videndum.* 2. *l. auxilium.* 37. §. 1. verſ. *in delictis. ff. de minor.* ubi traditur, quod certi juris ſit in delictis prætorem minoribus 25 annis non ſuccurrere,

ideoque

idèoque ceſſat in integrum reſtitutio. fac. *l. impunitas. 7. Cod. de pœn.* Ubi dicitur, *quod impunitas delicti propter ætatem non datur, ſi modo in ea ſit ætate, in quam crimen quod intenditur, cadere poteſt.* Crimina vocamus atrociora delicta, quorum nomine publica judicia exercentur, vel extraordinaria criminalia. Delicta vero appellamus leviora maleficia, quæ non proprie crimina dicuntur, ſed maleficia, delicta, peccata, noxæ. quæ differentia innuitur in *l. 1. C. ſi adverſ. delict.*

Objicitur huic deciſioni, quod adverſus crimen inceſtus reſtitutio conceditur minori. *l. ſi adulterium cum inceſtu. 38. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult.* Item contra SC. Libonianum conceditur reſtitutio minori, quod ſpeciem falſi continet. *l. ſenatus. 5. ff. ad l. Corn. de falſ.* Ad poſteriorem objectionem reſpondetur, quod ibi concurrebant alia, nempe juſſus patris, & profeſſio ignorantiæ, quæ merentur reſtitutionem. Similiter quoque in inceſtu dicendum eſt, ſi per dolum admiſſus eſt, ætatem non excuſare. Itaque poteſt dici, nullam ab hac regula exceptionem eſſe, ſi regula ita concipiatur, adverſus crimina dolo malo commiſſa reſtitutionem minori 25 annis non concedi, contra delicta vero per culpam commiſſa reſtitutionem indulgeri. Item a ſecunda regula caſus aliqui excipiuntur. Delicta quædam incidunt in noxam, quædam non. ea incidunt in noxam, quæ ex animo committuntur. Ex animo committuntur, ſive extra contractum, ut in depoſito, in furto, & aliis delictis privatis, nominatis & innominatis. Item ex animo committuntur ea delicta, quæ ex ſcientia committuntur, quamvis ceſſante dolo, veluti ſi per culpam in faciendo committantur, ut accidit in actione legis Aquiliæ. Jlla autem omnia delicta, quæ ex animo fiunt, incidunt in noxam; quæ autem in noxam incidunt, non juvantur reſtitutione, ut traditur in *l. 1. C. ſi adverſ. delict.* & *d. l. ſi ex cauſa. 9. §. nunc videndum.* 2. Alia vero ſunt delicta, quæ non incidunt in noxam. ea ſunt quæ extra animum committuntur, id eſt, ignorantia, negligentia vel deſidia, & adverſus hujuſmodi delicta, quæ in noxam non cadunt, reſtitutio indulgetur; text. in *d. l. 1. C. ſi adverſ. delict.* cujus recta lectio eſt hæc: *Sed cum delictum non ex animo, ſed contra venit, noxa non committitur.* Illud poſtremo notandum, quod licet minor 25 annis teneatur ex delicto, tamen non debet puniri pœna ordinaria, ſed mitius punitur propter ætatem. *l. auxilium. 37. §. ſed & 1. verſ. in delictis. ff. de minor.* in verbis, *niſi quatenus miſeratio ætatis ad mediocrem pœnam judicem produxerit.* fac. *l. fere in omnibus. 108. ff. de R. J.*

ASSERTIO XXX.

Adverſus præſcriptionem non competit majoribus 25 annis reſtitutio in integrum, ex cauſa juſtæ & probabilis ignorantiæ.

Confirmatur hæc aſſertio ex *l. ult. C. de præſcript. long. temp. &c.* ubi ſtatuitur, præſcriptionem tam contra ſcientem quam ignorantem locum habere. Ergo reſtitutio in integrum non eſt concedenda adverſus præſcriptionem ex cauſa ignorantiæ. Additur enim ratio decidendi in *d. l. ult.* ne propter ignorantiam adverſarii ulla dubitationis inextricabilis oriatur occaſio. Itaque reſtitutio deneganda eſt, ne propter ignorantiam novæ oriantur lites vel dubitationes. Eandem ſententiam comprobat *l. omnes.* 4. *C. de præſcript.* 30 *vel* 40 *ann.* ubi traditur, eum qui longiſſimo tempore rem aliquam præſcripſit, pleniſſima ſecuritate eſſe munitum. Quod ſane verum non eſſet, ſi ex capite ignorantiæ contra præſcriptionem reſtitutio in integrum concederetur. Huc accedit & hæc ratio, quod ſi propter ignorantiam reſtitutioni locus eſſet, nunquam vel raro præſcriptio locum haberet. Quis enim ſciens pateretur res ſuas uſucapi? Tertio hanc partem firmat *l. fin. C. de fund. patrim.* in verb. *nullam penitus actionem vel moleſtiam aut quamlibet inquietudinem formidare, &c.*

Opponitur *l. 2. ff. ex quib. cauſ. major. &c.* ubi dicitur, majores 25 annis in integrum reſtitui ex clauſula, *Si qua juſta cauſa prætori videbitur.* Atqui videtur ignorantiæ allegatio juſta eſſe cauſa dandæ reſtitutionis. Reſp. Prætor in eo edicto tantum concedit majoribus 25 annis reſtitutionem, qui reip. cauſa abſentes fuerunt, & res ſuas uſucapi paſſi ſunt. At vero ſubjecta generalis clauſula, *Si qua mihi juſta cauſa videbitur*, intelligitur de aliis ſimilibus juſtis abſentiæ cauſis, puta ſi quis ſtudiorum vel alterius juſtæ peregrinationis cauſa abſens, aliquid per uſucapionem de rebus ſuis amiſit, ut huic etiam hoc edicto ſuccurratur. *l. ſed etſi.* 26. §. *ult.* & *l. nec non.* 28. *ff. ex ff. ex quib. cauſ. major. &c.* At nulla æquitas ſuadet ignorantibus concedi reſtitutionem contra præſcriptionem, quia ſic nunquam eſſet litium finis, & parum prodeſſet præſcriptio, cum ſcientes res ſuas ab aliis detineri, ſæpius interrumperent uſucapionem.

Secundo objicitur *l. 1. §. ſi quis propter. 9. ff. de itin. actuque privat.* ubi qui habet ſervitutem itineris, & non uſus eſt ea propter inundationem, ex illo capite edicti, *Si qua mihi juſta cauſa videbitur*, impetrat reſtitutionem. Reſp. Reſtitutio ibi ex alio capite datur, quam nomine ignorantiæ, videlicet quia juſto impedimento

to prohibitus quis eſt uti itinere vel actu, eo quod locus per quem actus vel iter competebat, flumine eſt inundatus.

Tertio adverſatur *l. unus.* 14. §. *ult.* cum *l. & Attilicinus.* 35. *ff. de ſervit. ruſt. præd.* ubi qui longo tempore non eſt uſus aquæductu ex fonte vel flumine, ideo quia fons ſeu flumen ex quo aqua ducebatur, exaruit, tamen impetrata reſtitutione in integrum reſtituitur ei ſervitus, ſi fons ad ſuas venas redierit. Reſp. Ibi non conceditur reſtitutio in integrum ex capite ignorantiæ, ſed quia propter juſtum impedimentum vel caſum fortuitum prohibitus eſt ſuo jure uti.

Poſtremo objicitur hæc ratio, quod præſcriptio introducta ſit in odium negligentium res ſuas repetere. Atqui ignorans non poteſt dici negligens. Reſp. Uſucapio non tantum odio negligentium, ſed etiam bono publico introducta eſt, ut certa ſint rerum dominia, & ne lites ſint immortales. *l. 1. ff. uſucap. l. ult. ff. pro ſuo.* Hanc ſententiam, quod majoribus 25 annis non detur reſtitutio in integrum contra præſcriptionem ex capite juſtæ & probabilis ignorantiæ, defendunt *Fachin. lib. 1. controverſ. jur. c. 69. Sarment. lib. 2. ſelect. interpret. c.* 10. *Anton. Faber in C. Fabriano, ad tit. C. ſi adverſ. uſucap. definit.* 1. ubi tradit pro hac ſententia, quod adverſus præſcriptionem quadragenariam non detur reſtitutio in integrum, in curia Ducis Sabaudiæ eſſe pronuntiatum. Contrariam ſententiam ſequuntur *Accurſ. in l. ſi ſic. ff. quemad. ſervit. amitt. Bart. in l. 1. §. ſi quis propter. ff. de itin. actuque privat. Caſtrenſ. ad d. l. & Attilicinus. Cœpoll. c. 24. de ſervit. urban. Matth. de afflict. deciſ. Neap.* 37. & 329. *Cacheran. deciſ. Pedemont.* 69. *num.* 16. *Weſemb. in paratit. ad tit. de uſucap. num.* 14. *Gail* 2. *obſerv. c.* 19. *num. penult.* & *ult.* & *obſerv.* 105. *Uſillus in §. rurſus. inſt. de act. num.* 57. Quorum ſententia eſt, quod reſtitutio in integrum contra uſucapionem ſeu præſcriptionem 30 vel 40 annorum detur ex capite juſtæ ignorantiæ, intra quadriennium a tempore ſcientiæ computandum. Weſemb. d. loco. Vide aliter *Weſemb.* de hac quæſtione diſtinguentem *in paratit. ad tit. ff. ex quibus cauſ. major. &c. num.* 10.

ASSERTIO XXXI.

Licitum eſt Chriſtianis exercere judicia.

JUdiciorum & actionum forenſium auctoritas ideo publice conſtituta & introducta eſt, ut quiſque per viam juris, legitimis actionibus & remediis, ſuum jus ac ſibi debitum conſequatur, & ne cuiquam jus atque fas ſit rei ſuæ conſequendæ gratia, per vim atque injuriam ſibi aditum ad vindictam munire. *l. nemo externus.* 9. *C. de Judæis & cœlicolis.* Porro judicia & actiones exercere & legi-

legitimis diſceptationibus forenſibus jus ſuum conſequi, cuique Chriſtiano licitum & permiſſum eſt. Semper enim in omnibus bene conſtitutis rebuspublicis in ſummo pretio & dignitate habita ſunt judicia: utpote per quæ quilibet recto & legitimo ordine res ſuas & ſibi debitas tum conſequi poſſet, tum res ſibi legitime acquiſitas defendere & tueri.

Verum hic occurrunt nobis fanatici quadam ſpiritus, Anabaptiſtæ ſcilicet, qui plane omnia judicia & magiſtratus damnant, & fas eſſe negant jure divino Chriſtiano homini judicia exercere, & de jure ſuo in foro litigare. Pro ſententiæ ſuæ confirmatione citant locum ex Paulo. 1. *ad Corinth. c.* 6. ubi inquit: *Jam igitur omnino impotentia in vobis eſt, quod judicia*, id eſt, controverſias in foro diſceptandas, *habetis inter vos.* ubi videtur omnino Apoſtolus judicia & definitiones controverſiarum forenſium inter Chriſtianos tollere & abrogare. Reſp. Paulus non ſuſtulit prorſus omnia judicia, ſed tantum ea, quæ exercebantur apud tribunalia judicum & magiſtratuum Ethnicorum & infidelium: non enim fieri poterat, ut coram infidelibus judicibus contenderent fideles, quin variis calumniis eſſent obnoxii. Sed inſtare poſſet aliquis: Imo videtur Apoſtolus in totum judicia & diſceptationes forenſes damnare, dum inquit: *Cur non potius injuriam accipitis? cur non potius damnum patimini*, quam ſcilicet judicio contendatis? Reſp. Id Paulus idcirco dicit, quod raro ſoleant homines animo tranquillo litigare. Attamen ſi commoda offeratur ratio, qua ad tuum poſſis pervenire, non tantum potes, ſed etiam debes ſæpe lites proſequi. Tantum odium & acerbitas inimicitiarum deponenda eſt. Nam alioqui litigare licere, ſatis apparet ex ipſo Paulo prædicto loco *cap.* 6. ubi monet, *Tenuiores homines in eccleſia eſſe deligendos, qui cognoſcant & dijudicent fratrum ſuorum cauſas & lites.* Quinimo & idem Apoſtolus ſuo exemplo hoc confirmavit, quando ad Romani Imperatoris judicium & tribunal provocavit. *Actor.* 25. *verſ.* 10. & 11. inquiens: *Ad tribunal Cæſaris ſto, ubi me oportet judicari.* item *verſ.* 11. *Cæſarem appello.* Quibus verbis ſatis ſuperque docuit, judicio præeſſe, atque in judiciis litigare, ſeque contra accuſatores & adverſarios defendere, nequaquam illicitum, aut jure divino prohibitum eſſe. Ita reſpondet *Mart. in loc. commun. Theolog. claſſ.* 4. *cap.* 16. *num.* 18. *Beza in confeſſ. cap.* 5. *de eccleſia. artic.* 32.

Secundo objicitur locus *Matth.* 7. *verſ.* 1. *Nolite judicare, & non judicabimini.* Reſp. Chriſtus loquitur ibi de privato judicio, quod odio, ira, & cupiditate vindictæ exercemus, non de publico & legitimo judicio, vel politico magiſtratus officio. Hoc enim fit mandato Dei, illud vero ſine mandato Dei, nec ſanandi gratia, ſed ulciſcendi ſtudio. *Judicare* igitur eo loco dicimur, cum aliorum vitam & doctrinam injuſte & calumnioſe reprehendimus. Similiter non obſtant hæc loca *Matth.* 5. *Eſto amicus adverſario tuo cito.*

cito. & *Luca. 6. verſ.* 29. *Et ab eo qui tollit tibi pallium, etiam tunicam ne prohibeto.* & *Matth. 5. verſ.* 40. *Et ei qui vult tecum judicio contendere, ac tunicam tuam capere, dimitte ei & pallium.* Nam iis locis Servator noſter calumnioſam proximi moleſtationem, & privatam tantum vindictam prohibet. At vero magiſtratus cognitionem & poteſtatem quam ipſe dedit & confirmavit, non tollit, aut elevat. Ita pulchre reſpondet *Oldend. in libel. de formula inveſtig. action. cap. Quatenus hodie vetus actionum ſolemnitas ſit ſublata.*

ASSERTIO XXXII.

Cæcus judex dari poteſt.

CÆcus judicis officio fungi poteſt. textus eſt in *l. cæcus. 6. ff. de judic.* Ratio eſt, quia cæcus judicio & prudentia non caret, ut furioſus & impubes, qui ideo removentur a munere judicandi. *l. cum prætor.* 12. §. 2. *ff. de judic.* Porro hanc deciſionem ita Accurſius accipit, quod cæcus judex eſſe poteſt, modo ante cæcitatem judex datus ſit: ſi vero antequam judex detur, cæcus fuerit, non poteſt judex conſtitui. Quæ ſententia recte notatur a *Duareno lib.* 1. *diſputat. cap.* 24. Nam & cæcus indiſtincte judex eſſe poteſt, ſive ante injunctum munus judicandi, ſive poſt cæcus fuerit factus. Ratio eſt, quia judicio non caret, ut cæteri, qui a judicandi munere arcentur. Juſtum enim ab injuſto, æquum ab iniquo recte diſcernere poteſt; imo vi judicii cæci præpollent reliquis, quia objecta non perturbant ſenſus oculorum.

Sed objicitur *l.* 1. §. *ſecundo loco.* 5. verſ. *caſum. in fin. ff. de poſtulando.* ubi dicitur, cæcum quidem acceptum magiſtratum retinere, ſed ad novum adſpirare non poſſe. Reſp. Diſtinguendum eſt inter magiſtratum & judicem datum. Judex cæcus dari poteſt, quia in eo nihil præter judicium, prudentiam, vel doctrinam & virtutem requirimus. In magiſtratu deligendo, præter hæc omnia decoris & ſplendoris publici habenda eſt ratio, *l. reſcripto. 6. ff. de muner. & honor.* qui in cæco non exiſtit. Ideoque cæcus ad novum magiſtratum non admittitur, ne majeſtas quæ in magiſtratu relucet, vileſcat.

Secundo adverſatur, quod multa per judicem fieri debent, quæ a cæco judice recte expediri non poſſunt. Sic enim judex cæcus non poteſt ex ſcripto ſententiam recitare, quod tamen omnino ad validitatem ſententiæ requiritur. *l.* 1. & *ult. C. de ſentent. ex peric. recitand.* Similiter quoties de finibus agrorum controverſia movetur, judex ipſe in rem præſentem venire, & loca oculis ſubjicere debet; quæ omnia a cæco nullo modo perfici & exequi poſſunt. l. *ſi irruptione.* 8. §. 1. *ff. fin. regund.* Reſp. Hæc omnia commode

judex per alios, puta adſeſſores judicii, agrimenſores, item per notarium cauſarum expedire & abſolvere poterit. Hanc ſententiam tuentur *Hotoman. in illuſtr. quaſt. quaſt.* 28. *Duarenus d. loco.* Diſſentit. *Robert. lib.* 3. *ſententiarum, c.* 23. Huc non incommode referri poteſt exemplum L. Torquati, de quo ita ſcriptum reliquit *Bodin. lib.* 4. *de repub. c.* 4. in fine. *Cum L. Torquato Populus Romanus tertium conſulatum detuliſſet, valetudinem oculorum excuſavit, quod indignum duceret ei fortunas civium ac remp. committi, qui alienis oculis uti cogeretur. Quem tamen nihil prohibebat acie ingenii omnia proſpicere, optimeque civitati conſulere.*

ASSERTIO XXXIII.

Ii quibus mandata eſt juriſdictio, judicem dare poſſunt.

GEneraliter & aperte definit *Paulus in l. cum prætor.* 12. §. 1. *ff. de judic. Eum cui mandata eſt juriſdictio, judicem dare poſſe.* ubi quod additur, *ut ſunt legati proconſulum*, exempli cauſa adjectum cenſetur, ut nihilominus etiam in aliis mandatam juriſdictionem habentibus id obtineat. Exempla enim, ut bene vulgo dicitur, non reſtringunt, ſed declarant regulam. *l.* 1. §. *quod vulgo.* 25. *ff. de vi & vi arm.* Nam ſic quoque procuratori Cæſaris vicem præſidis agenti, id eſt, mandata ei a præſide juriſdictione, permittitur judicem dare inter privatas perſonas, inter quas alioqui juriſdictionem non habet. *l.* 1. *C. de pedan. jud.*

Obſtare videtur huic deciſioni *l. ult. ff. de offic. ejus cui. &c.* ubi traditur eum cui mandata eſt juriſdictio, alteri eam mandare non poſſe. Quibus verbis cenſent Accurſ. aliique interpretes hoc ſignificari, nec eum qui mandatam habet juriſdictionem, cauſam judici dato delegare poſſe. Reſp. Longe diverſa ſunt hæc, *mandare juriſdictionem, & judicem dare.* Mandare juriſdictionem, eſt quidem judicem dare, ſed cum imperio & poteſtate judicati exequendi: id enim ſignificat juriſdictio. Judicem dare, eſt ſimpliciter judicem dare qui judicet, ſed ſine juriſdictione & imperio, & ſine exequendi poteſtate. Qui mandatam habet juriſdictionem, ideo eam alteri mandare non poteſt, quia habet alienam, non ſuam, tantumque ei exercitio commiſſa eſt, quæ eſt perſonalis, nec perſonam egreditur. At ideo judicem dare poteſt, quia nihilominus in ea cauſa juriſdictionem retinet. Sententia enim a judice dato lata, hanc exequetur is, qui eum dedit, ut fieret, ſi judicem, dediſſet ipſe magiſtratus. *l. a D. Pio.* 15. §. 1. *ff. de re jud.*

Gravius obſtat *l. eum qui.* 13. *ff. de juriſdictione.* ubi ſtatuitur, *eum qui judicare jubet, magiſtratum eſſe oportere.* Quod tantundem valet, ut non alius poſſit jubere judicare, ſeu judicem dare, quam qui eſt magiſtratus. Atqui cui mandata eſt juriſdictio, non eſt magiſtra-

giſtratus, quia non habet juriſdictionem ſuo jure, ideoque is cui mandata eſt juriſdictio, judicem dare non poteſt. Reſp. Per hoc quod dicitur, *eum qui judicare jubet, magiſtratum eſſe oportere*, non excluditur is, cui mandata eſt juriſdictio, quoniam is vice magiſtratus fungitur, ejuſque imperio & poteſtate utitur. *l. 3. ff. de offic. ejus cui. &c. l. ſolet. 16. ff. de juriſd.* Nec movere debet quenquam, quod is cui mandata eſt juriſdictio, non ſit magiſtratus. Sane enim quoad honorem & proprietatem juriſdictionis non eſt magiſtratus; at vero exercitione & uſu imperii eſt magiſtratus, aut certe pro magiſtratu habendus, dum vice & partibus ejus fungitur, & eodem eſt imperio.

ASSERTIO XXVIV.

Legitima liberorum originem a jure gentium traxit, modum & quantitatem a jure civili habet.

QUod legitima portio debita liberis ex bonis parentum, ſit juris naturalis, probant *l. cum ratio. 7. ff. de bon. damn. auth. hoc amplius. C. de fideicomm.* §. 1. *novell. de hered. & falcid.* §. 1. *novell.* 18. *de trient. & ſemiſſ. &c.* Confirmatur & hac ratione, quia legitima portio ſuffecta eſt in locum alimentorum. *d. novel.* 18. *c. prohibemus.* 3. *l. quiſquis.* 5. §. *ad filias.* 3. *C. ad l. Jul. majeſt.* Sed alimenta jure naturali debentur. *l. ſi quis a liberis. 5. ff. de agnoſc. & alend. lib. &c.* Igitur & legitima portio eſt juris naturalis. Quod ita intelligendum eſt, quod originem quidem habet legitima a jure naturali, quia naturalis ratio omnibus hominibus innata ſuadet, ut ſicut parentes liberos educare tenentur, ita & bona liberis poſt mortem relinquere, ut honeſte alantur. Verum quantitas & modus legitimæ, quod certa ſcilicet portio pro legitima debeatur liberis, hoc jure civili introductum eſt, puta, ut ſi quatuor ſint liberi vel pauciores, triens debeatur pro modo legitimæ; ſi vero plures ſint, ſemis in legitimam detur. *novel.* 18. §. 1. *auth. noviſſima. C. de inoff. teſtam.* Quod hoc vulgato verſiculo expreſſit *Accurſius:*

Quatuor aut infra dant natis jura trientem.
Semiſſem vero dant natis quinque, vel ultra.

Opponitur primo, quod ſucceſſiones inteſtati ſunt juris civilis. *can. ult. diſt.* 1. §. *inteſtatorum.* 1. *inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. l. lege 12. tab.* 14. *C. de legit. hered.* At portio legitima eſt pars ſucceſſionis ab inteſtato. *l. Papinianus.* 8. §. *ſi quis mortis.* 6. *ff. de inoff. teſtam. l. parentibus.* 8. *C. eod.* Ergo legitima portio eſt juris civilis. Reſp. Legitima portio eſt pars bonorum, illiuſve ſucceſſionis, quæ jura non continet. *d. l. Papinianus.* 8. §. *quarta.* 9. quæ eſt juris naturalis vel gentium. *l. ult. C. quor. bon.* non etiam heredi-

tariæ ſucceſſionis, quæ commoda & incommoda continet, quæ eſt juris civilis.

Secundo opponitur, quod *jusjurandum contra jus naturale præſtitum non eſt ſervandum. c. ſi quis. c. inter cætera.* & *c. ult.* 22. 44. At jusjurandum quo filia renunciat legitimæ portioni valet. *c. quamvis.* 10. *de pact.* Ergo legitima portio jure naturali non debetur. Reſp. Cum dos legitimæ portionis locum obtineat, *l. quoniam novella.* 29. *C. de inoff. teſt.* manifeſtum eſt, filiam in *d. cap. quamvis.* quæ dote accepta renuntiavit hereditati paternæ, legitimam portionem accepiſſe, licet forte minorem, quam lex civilis ſtatuit.

Tertio objicitur: Legitima portio civili exheredatione tollitur. §. *aliud.* 3. & §. *cauſas. novell.* 115. Ergo eſt juris civilis. Reſp. Naturali ratione & jure filius ingratus legitima privatur. Ingrati enim crimen efficit, ut non tantum alimentis, ſed etiam paternis bonis indignus filius cenſeatur. Ita eleganter tradit *Guib. lib.* 1. *quaſt. jur. cap.* 15. Quam ſententiam communiter approbant DD. referente *Gail lib.* 2. *obſerv. c.* 122. *num.* 5.

ASSERTIO XXXV.

Legitima relinquenda eſt liberis titulo inſtitutionis, non legati, fideicommiſſi, aut donationis titulo.

CONfirmatur hæc deciſio claris & expreſſis textibus in §. *adhæc aliud capitulum.* & §. *hæc autem diſpoſuimus. novell.* 115. *ut cum de app. cogn. &c.* ubi Imper. diſerte & rotunde ſtatuit: Quod parentes non poſſint liberos exheredare aut ſilentio præterire, niſi ſint ingrati, ſed debeant eos ſaltem in legitima inſtituere, neque ſufficit, ut inquit Imp. in *d.* §. *ad hæc aliud.* etiamſi parentes ipſis per quamlibet donationem, legatum aut fideicommiſſum, aut alium quemcunque modum debitam portionem legibus contulerint. Non ſufficit ergo ad validitatem teſtamenti, ſi legitima liberis, titulo legati, vel donationis cauſa mortis, aut alio quolibet ſingulari titulo ſit relicta, ſed neceſſarium eſt titulo inſtitutionis legitimam relinquere. Cujus juris ratio eſt duplex: Prima quia longe utilius eſt liberis, titulo inſtitutionis, quam alio ſingulari titulo hereditatem paternam conſequi. Si enim hic filius heres inſtitutus in legitima alios habeat coheredes, illis nolentibus adire, vel morientibus ante aditam hereditatem, tota ſucceſſio & hereditas jure accreſcendi filio accedit. *l. unic. C. quand. non petent. part. petent. accreſc.* Altera ratio eſt, quod heredis nomen multo eſt honeſtius quam legatarii, & pleniori jure & honore hereditates, quam legata tribuuntur. *l.* 5. §. *ſed & ſi portio.* 6. *ff. de legat. præſt. &c.* & ignominioſum eſt filium paterna hereditate carere.

Ob-

Objicitur primo quod inſtitutus in re certa eſt loco legatarii. *l. quoties.* 13. *C. de hered. inſt.* Ergo & filius inſtitutus in re certa ſeu legitima, eſt loco legatarii, quia legitima ſemper res certa eſt, ſive quoad quotam legibus definitam, ſive quoad æſtimationem, quoniam ea non hereditatis quota eſt, ſed bonorum, cum non ponatur ejus ratio, niſi deducto ære alieno. *l.* 8. §. *quarta.* 9. *ff. de inoff. teſt.* Reſp. Filius inſtitutus in re certa non eſt proprie heres, nec proprie legatarius, ſed tertiam quandam ſpeciem conſtituit, quæ in aliquibus legatarii, in quibuſdam heredis naturam imitatur. Nam quatenus non utitur actionibus hereditariis, nec illis convenitur, legatarii naturam participat. Cæterum heredis loco eſt, quia inſtitutus in legitima vel parte ejus, non impugnat teſtamentum per querelam inofficioſi, & jus accreſcendi habet, deficiente vel non adeunte coherede. arg. *l.* 1. §. *ſi ex fundo.* 4. *ff. de her. inſtit.* Facit etiam pro confirmatione hujus ſententiæ, quod legitima titulo inſtitutionis ſit relinquenda liberis, quia petitur legitima actione familiæ erciſcundæ a liberis. *l.* 2. *C. de inoffic. donat.* quæ actio non aliis competit, quam univerſalibus ſucceſſoribus, qui titulo hereditatis ad ſucceſſionem vocantur *l.* 2. §. 1. & 2. *ff. fam. erciſc.*

Secundo objicitur huic deciſioni. §. *ult. inſt. de inoff. teſt. auth. noviſſima.* cum *l. omnimodo.* 30. verſ. *& hæc quidem. l. ſi quando.* 35. §. *ult. C. de inoff. teſt.* ubi traditur, ſufficere legitimam liberis relinqui, quocunque relicti titulo. Reſp. Iſtæ leges & conſtitutiones omnes loquuntur, ſecundum diſpoſitionem juris veteris, quo jure ſufficiebat ad excludendam querelam inofficioſi, quocunque titulo vel hereditatis vel legati vel fideicommiſſi legitimam liberis relinquere. Sed hoc per poſtremam Juſtiniani novellam conſtitutionem correctum eſt, & ſtatutum jure noviſſimo, ut teſtamentum patris non valeat, niſi titulo inſtitutionis legitima liberis a parentibus relinquatur. *d.* §. *adhac alied.*

Tertio oppono, quod imperfectum teſtamentum patris valet inter liberos. *l.* 21. §. *ex imperfecto.* 1. *C. de teſtam.* Ergo neceſſe non eſt adhibere hanc ſolennitatem in teſtamento patris, ut legitima inſtitutionis titulo liberis relinquatur. Reſp. Valet teſtamentum imperfectum inter liberos, quod deſtitutum eſt numero ſolenni ſeptem teſtium, item ſubſcriptione & ſigillis teſtium, & aliis id genus ſolennibus. Non tamen valet, ſi careat inſtitutione filiorum, quia hæc eſt ſubſtantialis pars, imo caput & fundamentum totius teſtamenti, heredis ſcilicet inſtitutio. §. *ante heredis.* 34. *inſt. de legat.* Unde ex dicta *nov.* 115. hoc teſtamentum patris, in quo legitima liberis inſtitutionis titulo non eſt relicta, reſcindi poterit. Hæc eſt communis DD. opinio, a qua in judicando & conſulendo non eſt recedendum, quod ſcilicet in teſtamento inter liberos condito pater debet liberis relinquere legitimam titulo inſtitutionis. Ita

notat *Jul. Clarus* nunquam ſatis laudatus JCtus *in recept. ſentent. in* §. *teſtamentum. quaſt.* 8. Hæc quoque ſententia in Curia Hollandiæ judicando approbata eſt in lite pendente inter tutores Evæ Frederici, & Johannem Thomæ ab Abbekerck, uti relatum extat in deciſionibus Curiæ Hollandiæ, deciſion. 17. anno. 1583. 9. Januarii. Plane non eſt neceſſe, ut parentes integram legitimam liberis titulo inſtitutionis relinquant, ſed ſufficit, ut in quantacunque portione heredes eos inſtituant: per hoc enim querela inofficioſi excludetur, & competet liberis tantum actio ad ſupplementum legitimæ. *d. novell.* 115. §. *hac autem diſpoſuimus. l. omnimodo.* 30. *C. de inoff. teſt.* Quæ actio ad ſupplementum legitimæ eo differt a querela inofficioſi, quod perpetua ſit, & triginta annos duret, neque quinquennio finiatur, uti querela inofficioſi. *l. ſcimus.* 36. §. *illud.* 2. *C. de inofficioſ. teſt.* Ita communiter DD. placuit contra *Bart. in l. ſi quis filium.* 34. *C. eod.* referente *Weſemb. in* §. *tam autem. inſt. de inoff. teſt. num.* 8. Hæc ſententia, quod ad hoc, ut valeat teſtamentum patris inter liberos, requiratur, ut legitima liberis titulo inſtitutionis relinquatur, communiter a DD. recepta eſt, & approbata. Ita notant *Fachin. lib.* 4. *controverſ. jur. cap.* 24. & *lib.* 12. *controverſ. jur. c.* 4. *Vigl. ad* §. *ult. inſt. de inoff. teſt. And. Gail lib.* 2. *obſ. c.* 112. *num.* 10. ubi notat, hanc eſſe communem DD. opinionem contra Jaſonem, quod ſcilicet filius debet neceſſario inſtitui in legitima; alias non valere teſtamentum patris; a qua ſententia non eſſe recedendum, nec in judicando, nec in conſulendo. Item affirmat *Anton. Teſſaurus deciſ. Pedemontan.* 58. ubi dicit hanc communem DD. ſententiam ubique terrarum eſſe receptiſſimam, uti notat *Faber in error. Pragmat. decade* 14. *error.* 6. ubi tamen ille in diverſam ſententiam diſcedit, & ſtatuit, quovis titulo liberis legitimam relinqui poſſe. Diſſentit *Vaudus lib.* 1. *quaſt.* 5.

ASSERTIO XXXVI.

Legitima parentum non eſt aucta, ut liberorum.

Filiorum legitima, quæ olim jure veteri fuit quadrans, ex poſtremo jure novellarum aucta eſt ad trientem, ſi quatuor ſint liberi, vel ſi plures, ad ſemiſſem. Sed quæritur, an & legitima portio parentum eodem modo ſit aucta. Et quidem *Accurſ.* cæterique DD. *in auth. noviſſima. C. de inoff. teſt.* eam pari modo ſicut in liberis auctam eſſe affirmant. Verum contraria ſententia mihi probabilior & tutior eſſe videtur. Quæ ſententia ſatis aperte probatur ex §. 1. *novell.* 18. *de trient. & ſemiſſ. &c.* ubi Imp. hanc cauſam novi juris introducendi proponit, quod ſcilicet ideo auxerit portiones hereditarias filiorum, ne ex partium hereditariarum immutatione liberi ſummam paupertatem & inopiam vereantur. Præterea

terea ſubjungit Imp. fore admodum iniquum & inhumanum, ſi prædives aliquis pater relinquat decem forte liberos, eos non plus percipere, quam ſi duo vel unus tantum relictus eſſet, ex quo verendum eſſet, ne magna inopia & fame liberi premerentur. Hæc cauſa, quæ fecit novæ conſtitutioni locum non poteſt in parentibus evenire, quia illi tanto numero, quatuor ſcilicet vel ſex, liberis raro aut nunquam ſuperſtites eſſe poſſunt.

Sed objicitur §. *hoc obſervando. d. novell.* 18. ubi ſtatuit Imp. quod omnium eorum portio aucta eſt, quibus antiquæ quartæ ratio de inofficioſo querelam ſuggerebat. Reſp. Hoc non ita accipiendum eſt, ut ad parentes ſit referendum, ſed ad filios, nepotes, & ſic deinceps liberos inferioris gradus. Item ad liberos naturales, ſi de ſucceſſione matris agatur; nam & de inofficioſo teſtamento matris ſpurii quoque liberi dicere poſſunt. *l. ſi ſuſpecta.* 29. §. *de inofficioſo.* 1. *ff. de inoff. teſt.* §. *non licebit. d. novell.* 18. Hanc ſententiam comprobat & ipſa inſcriptio tituli in *nov.* 18. quæ ita concepta eſt, *de filiorum & nepotum*, item de *naturalium liberorum ſucceſſione*; de parentibus vero nihil adjicit. Probat hanc deciſionem *Vaudus lib.* 1. *quæſt. c.* 50. Diſſentit etiam ab hac opinione *Fachinæus libro* 4. *controverſ. juris. c.* 28. & *Cujac. in expoſitione novellæ* 18. in princ. qui ſtatuunt, non ſolum in parentibus, ſed etiam in fratribus auctam eſſe legitimam uſque ad trientem: idque ſtatuunt moti argumento ducto ex §. 1. *d. nov.* 18. in fine, ubi dicitur: Hoc eodem, ſcilicet augmento, obtinente, in omnibus omnino perſonis, quibus olim quadrantis nomine de inofficioſo querela legibus attributa fuit. Denique notandum, quod in praxi & uſu forenſi receptum ſit, quod legitima patris, fratrum, & ſororum aucta non ſit a Juſtiniano. Ita deciſum extat in Scto Neopolitano, atteſtante *Afflicto in deciſionibus Neapolitanis. c.* 204.

Assertio XXXVII.

Petitio hereditatis non datur contra titulo poſſidentem.

PRobatur hæc ſententia apertis & evidentibus textibus in *l.* 2. *l. hereditas.* 3. *C. de petit. heredit.* textus rotundus in *l. hereditatem.* 4. *C. in quib. cauſ. ceſſ. long. temp. præſcript. l. ſed etſi.* 25. §. *item ſi rem.* 17. *ff. de petit. hered.* ubi dicitur emtores rerum hereditariarum & alios, qui ſpeciali titulo res hereditarias compararunt, conveniendos eſſe rei vindicatione, non petitione hereditatis. Ratio aſſertionis hæc eſt: Proprium petitionis hereditatis officium eſt de jure hereditario ſuccedendi in bona defuncti contendere. Poſſeſſor autem qui allegat titulum ſpecialem, non contradicit adverſario ſe heredem aſſerenti, neque controverſiam hereditatis ei fa-

facit, ſed movet illi contentionem dominii, negatque adverſarium eſſe dominum. Itaque in hoc caſu fruſtra inſtituitur petitio herediatis, quia in ea non agitur ad dominium, ſed tantum ad jus hereditarium. Quare contra eos qui titulo ſpeciali poſſident, intentanda eſt rei vindicatio, in qua de dominio controvertitur. *d. l. hereditatem.* 4. *l. heredes.* 25. §. *quod pro emptore.* 7. *ff. fam. ercisc. Weſemb. in parat. ff. de pet. hered. num.* 10. in fin. *Oldendorp. claſſe* 5. *act.* 5.

Primo objicitur huic deciſioni *l. nec ullam.* 13. §. *quid ſi quis.* 4. *ff. de petit. hered.* ubi dicitur, quod utilis petitio hereditatis intentari poſſit contra emptorem hereditatis. Reſp. Duo tantum caſus ſpeciales ibi proponuntur, in quibus emptor hereditatis convenitur utili petitione hereditatis. Primus eſt, cum non extat venditor hereditatis, ut cum eo agi poſſit; tunc enim deficiente venditore, in ſubſidium datur in emptorem, quaſi in heredem ejus, petitio hereditatis. Secundus caſus eſt, ſi modico pretio hereditas vendita eſt; tunc enim quia non expedit agere contra venditorem, ad emptorem manus porrigi debent.

Secundo opponitur, quod petitio hereditatis intentatur contra eos, qui pro herede, vel pro poſſeſſore poſſident. *l. regulariter.* 9. & *l.* 10. *ff. de pet. hered.* Atqui titulus pro herede & pro poſſeſſore ſunt juſti & legitimi tituli, quia ad uſucapionem complendam proſunt poſſeſſori. toto *tit. ff.* & *C. de uſucap. pro hered.* Reſp. Titulus pro herede bifariam accipitur in jure. Primo quoties tractatur materia petendæ hereditatis, quam falſa opinione aliquis putans ſe heredem eſſe, poſſidet, toties oportet ea verba *pro herede*, accipere non pro vero titulo, ſed pro erronea quadam exiſtimatione & putativo titulo. *l. pro hered.* 11. cum *ll. ſeq. ff. de petit. hered.* Nam ſi re vera eſſet heres, nunquam daretur contra eum petitio hereditatis. Ubi vero non tractatur controverſia juris hereditarii inter duos, ſed diſceptatur de re aliqua, cujus dominium prætendit poſſeſſor, quia dicit ſe per hereditariam ſucceſſionem acquiſiviſſe, iſta verba *pro herede* intelligenda ſunt pro vero & juſto titulo, propter quem competit uſucapio. *l. cogi.* 11. *C. de petit. hered. l.* 1. *C. ſi quis ignor. rem eſſe minor. ſine decr. compar.* Ita declarat *Anton. Gomeſ. in comment. ad ll. Tauri. l.* 45. *n.* 161.

Tertio objicitur *l. nec ullam.* 13. §. *ſi quis ſciens.* 8. *ff. de pet. hered.* & *l.* 2. *C. eodem.* ubi emptor hereditatis, qui ſciens emit alienam hereditatem, utili petione hereditatis tenetur. Reſp. Hic emit mala fide hereditatem, vel quotam hereditatis partem, quia emit poſt motam litem vel controverſiam de hereditate, poſt quam controverſiam motam omnes incipiunt eſſe malæ fidei poſſeſſores. *l. ſed etſi.* 25. §. *ſi ante.* 7. *de pet. hered.* Ideoque talis emptor merito tenetur petitione hereditatis, quia injuſtus & inutilis titulus pro nullo habetur.

ASSERTIO XXXVIII.

Nullum eſt directum dominium, nullum utile.

INterpretes duplex ſtatuunt dominium, aliud directum, aliud utile. Directum dominium vocant id, quod & principale & ſuperius appellatur, quod habet is, qui plenus & ſuperior eſt dominus, quale habet dominus feudi & emphyteuſeos. Utile dominium dicitur, quod eſt inferius, cum proprietas penes alium eſt, quale habent vaſallus, emphyteuta, & ſuperficiarius. Ita tradunt *Minſ. ad rubr. tit. inſt. de rerum diviſ. Coſtal. ad l.* 1. *ff. ſi ag. vectig. &c.* Verum hæc vocabula ſunt interpretum & magiſtrorum juris, non vero in ipſo jure & legibus tradita extant. Ideoque cum *Duaren. lib.* 1. *diſp. c.* 17. & *Cujac. lib.* 11. *obſerv. c.* 35. ſtatuendum, magis ex errore, quam veritate legum hanc diſtinctionem a DD. introductam, quod aliud ſit dominium directum, aliud utile. Nam unum tantum & ſimplex eſt dominum, quod nihil aliud eſt, quam proprietas rei. *l.* 11. §. 3. *ff. de except. rei jud.* Cum autem duo non poſſint eſſe in ſolidum ejuſdem rei domini, ex eo ſequitur, quod neque duplex poſſit eſſe penes duos ejuſdem rei dominium. Sicut enim poſſeſſio non admittit conſortem in ſolidum, ita nec dominium. *l. ſi ut certo.* 5. *ſi duobus.* 15. *ff. commodati vel contra.*

Contra hanc deciſionem tale adfertur argumentum. Actio in rem nulli competit, niſi ei qui jure gentium aut jure civili dominium rei acquiſivit. *l. in rem.* 23. *ff. de rei vind.* Sed actio in rem datur emphyteutæ, vaſallo, ſuperficiario, aliiſque ſimilibus. *l. tutor.* 16. §. *fin. ff. de pign. act. l. ſi finita.* 15. §. *ſi de vectigalibus.* 26. *ff. de damn. infect.* ubi JC. Ulpianus vectigalem ſeu emphyteuticariam actionem utilem vindicationem appellat. Similiter in *l. ſpeciali.* 73. cum *l. ſeq. ff. de rei vind.* traditur, quod ſuperficario prætor cauſa cognita actionem in rem pollicetur. Denique vaſallus poteſt tanquam dominus feudum a quocunque poſſidente petere, ac quaſi vindicare. *c.* 1. §. *rei autem. lib.* 2. *feud. tit.* 8. Ergo hi omnes ſunt utiles ſaltem domini. Reſp. Datur his utilis in rem actio, non reſpectu utilis dominii, ſed reſpectu effectus, quia ſcilicet habent jus proximum dominio, pro quo jure aſſerendo ad exemplum dominorum illis in rem actio accommodatur, ne ſcilicet jure ſuo alioqui plane fruſtrentur & priventur. Itaque hoc intuitu poteſt dici aliud eſſe plenum, aliud minus plenum dominium, ab accidenti, quia ſcilicet emphyteuta, vaſallus, ſuperficiarius tale jus habent, quo omnem uſum & commoditatem rei percipiant; ſed propterea dominium in ſpecies duas, directum & utile ab accidentibus dividi non poteſt, quia accidentia non conſtituunt diverſas ſpecies. Hanc ſententiam, quod ſcilicet non ſit aliud directum, aliud

aliud utile dominium, ſed quod utilis in rem actio aliquibus detur, qui jus habent proximum dominio, puta emphyteutæ, ſuperficiario & vaſallo, plene & ſolide tradunt & confirmant *Faber lib.* 20. *conjectur. jur. c.* 11. *Ludovicus Maynus libro.* 1. *actionum, cap.* 6. *Cujac. in parat. C. de nudo jure Quirit. toll. Oldend. claſſ.* 3. *act.* 2. *Vultejus in diſcept. ſcholaſt. c.* 19. *Coſtal. ad l.* 1. *ff. ſi ager. vect. &c.* ubi notat, quod hæc vocabula *directum* & *utile dominium*, ſint magiſtrorum & interpretum, non juris.

ASSERTIO XXXIX.

Malæ fidei poſſeſſor neceſſarias impenſas repetit.

POſſeſſor malæ fidei ſumtus neceſſarios in rem alienam factos repetere poteſt, text. ſunt in *l. dominum.* 5. *C. de rei vindic.* & *l. plane.* 38. *ff. de pet. hered.* Verum huic deciſioni graviter adverſatur *l.* 1. *C. de infant. expoſ. &c.* ubi aperte traditur, malæ fidei poſſeſſorem impenſas alimentorum, quæ neceſſariæ ſunt, cum ſine iis quis vivere non poſſit *l. necare.* 4. *ff. de agnoſc. & alend. lib. &c.* repetere non poſſe, nec etiam per retentionem rei retinere. Ita enim ibi ſcribitur: *Si invito vel ignorante te partus ancillæ expoſitus ſit, repetere eum non prohiberis, ſed reſtitutio ejus, ſi non a fure vindicaveris, ita fiet, ut ſi qua in alendo, vel forte ad artificium diſcendum juſte conſumta fuerint, reſtituas.* Ibi aperte ſtatuitur, furem ſumtus in alendo puero expoſitos, qui neceſſarii ſunt, repetere non poſſe.

Accurſius reſpondet aliud in fure quam in malæ fidei poſſeſſore ſtatutum eſſe; quod ſcilicet fur non repetat neceſſarias impenſas, ſed tamen alius malæ fidei poſſeſſor eas deducat. Reſp. Hæc ſolutio non ſubſiſtit; nam & prædo neceſſarios ſumtus repetit. *l. plane.* 38. *ff. de petit. hered.*

Verior itaque & probabilior hæc ſolutio retinenda eſt, quod ſcilicet ideo fur non repetat ſumtus collatos in alimenta pueri a ſe furto ſubtracti, qui apud eum adolevit, quia tam pueri, quam adoleſcentis furtum fecit: unde propter continuationem furti tenetur ad pœnam dupli, habita ſcilicet æſtimatione non pueri, ſed adoleſcentis, quanti unquam apud eum plurimi fuit. textus ſunt in *l. inficiando.* 67. §. *infans.* 2. *ff. de furt. l. ex argento.* 13. *ff. de cond. furt.* ubi inquit Paulus: *Si infans ſubreptus adoleverit, æſtimatio fit adoleſcentis, quamvis ſumtibus & cura furis creverit.* Cum itaque fur, qui infantem ſurripuit, ex eo gravius obligetur, quod is tamdiu apud eum furto detentus eſt, donec adoleverit, iniquum & incivile eſt, eum repetere ſumtus alimentorum, propter quos adoleſcens factus eſt. Si enim eos ſumtus repeteret, non teneretur, quanti plurimi apud eum unquam ſervus fuiſſet. Nec vero poteſt quis

quis ex ea cauſa aliquam actionem conſequi, ob quam ille alteri obligetur. *l. ſive hereditaria.* 22. *ff. de neg. geſt.* Ita eleganter hanc antinomiam diſſolvit *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. cap.* 54. Aliter reſpondet *Sarmient. lib.* 1. *ſelect. interp. c.* 10. Aliter quoque *Menoch. lib.* 2. *arb. jud. cent.* 4. *quæſt.* 58. qui diſtinguit furem a malæ fidei poſſeſſore, quod hic deducit neceſſarias impenſas, ille non item. Ratio differentiæ inter furem, & malæ fidei poſſeſſorem, qui ſine vi occupavit, eſt, quod majus delictum eſt furis, quam malæ fidei poſſeſſoris, quod indicat gravior pœna furi, quam illi malæ fidei poſſeſſori indicta. Nam fur aliquando ad duplum, quandoque ad quadruplum tenetur. §. *ſed furti.* 26. *inſt. de act.* malæ fidei vero poſſeſſor tantum ad ipſius rei reſtitutionem.

Assertio XL.

Unuſquiſque rerum ſuarum dominus eſt, etiam abutendo.

Generalis & vulgata juris regula eſt, quod *unuſquiſque dominus rei ſuæ moderator eſt & arbiter. l. in re mandata.* 21. *C. mandat. vel contra.* Quæ regula adeo obtinet, ut liceat culibet etiam privato viro & civi rebus ſuis & fortunis abuti, ut puta dilapidando, vel bona ſua ſuperflue & laute conſumendo & perdendo. textus eſt in *l. ſed etſi.* 25. §. *conſuluit.* 11. *ff. de petit. hered.*

Sed objicitur huic vulgatæ & receptæ juris regulæ, quod dici ſolet: *Intereſt reipub. ne quis re ſua male utatur.* §. *ult. inſt. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt.* Item quod dicitur privatorum hominum actionibus & negotiis jus publicum lædi non poſſe. *l. jus publicum.* 38. cum ſimilibus *ll. ff. de pact.* Hoc argumentum ita diſſolvendum eſt. Quædam ſunt, quæ directo & principaliter publicum favorem reſpiciunt, & hæc contrariis hominum actionibus tolli non poſſunt. Sic lex Julia prohibet, ne liceat marito fundum dotalem alienare, ne quidem uxore volente. Huic legi (quia præcipue favorem reipub. reſpicit, quia intereſt reipub. feminas eſſe dotatas ad ſobolem procreandam, replendamque liberis civitatem. *l.* 1. *ff. ſolut. matr.*) contraria conjugum pactione derogari non poteſt. Si tamen huic conventioni, qua conceditur marito fundum dotalem alienare, accedat juramentum, ſervandum eſt pactum. *c. cum contingat. extr. de jurejur.* Alia ſunt quæ principaliter favore privatorum ſunt introducta, ſed in conſequentiam concernunt commodum publicum, & hæc contraria hominum pactione tolli poſſunt. *l. penult. C. de pact.* Sic in noſtro caſu, ut quis re ſua non abutatur, expedit quidem reipub. cæterum in quandam conſequentiam, & ſecundario, quia intereſt reipub. ſubditos habere locupletes. *nov.* 8. in præfat. §. *cogitatio.* 1. *Singulorum*

enim facultates & copiæ, divitiæ ſunt civitatis, ut ait *Cicero* 3. *offic.* Simile eſt illud Ulpiani in *l. ſervum.* 33. §. *publice.* 2. *ff. de procurat. Publice utile eſt, abſentes a quibuſcunque defendi.* Intereſt ſcilicet reipub. ſecundario, & in conſequentiam quandam.

ASSERTIO XLI.

Emphyteuſi per mortem emphyteutæ, ipſiuſque liberorum revoluta ad dominum, non tenetur eam dominus proximiori agnato concedere.

QUæritur, ſi emphyteuſis revoluta ſit per mortem emphyteutæ ipſiuſque liberorum ad dominum, poſſitne is cogi eam reſtituere proximiori agnato. Sed verior eſt & probabilior ſententia, dominum ad hoc non teneri. Quæ opinio probatur hoc modo. Res in emphyteuſi conceſſa uſque ad certam generationem, extincta ea generatione ad dominum redit. Ergo dominus poteſt eam retinere, vel cui mavult concedere: eſt enim quiſque ſuæ rei moderator & arbiter. *l. in re mandata.* 21. *C. mandati vel contr.*

Objicitur primo huic deciſioni *l.* 1. §. *permittitur.* 41. & ſeqq. *ff. de aqua quot. & æſt.* ubi dicitur, quod quando aquæ ductus conceſſus eſt certis perſonis, non tranſit ad heredem vel emtorem, ſi tamen eis petentibus non concedatur, injuria eſt. Reſp. Ibi loquitur JC. de ſervitute aquæ ducendæ, quod is eam facile impetrare poteſt, ad quem fundus pervenit, ſi ejus domino priori ſervitus debebatur. Sed alia eſt ratio emphyteuſeos, quæ eſt majoris momenti, nec poteſt proximior docere eam ſibi deberi, eo quod aliorum bonorum dominium ad ſe tranſierit.

Secundo obſtat *l. congruit.* 4. & *l. ult. C. locat. præd. civil. &c.* ubi veteres conductores præferuntur novis conductoribus, ſi augmentum ab altero novo conductore oblatum ipſi præſtare velint. Reſp. Hoc ſpecialiter in conductoribus fundorum publicorum receptum eſt, quia & hi coguntur reconducere finita conductione, ſi lucrum fecerint ex priori conductione, nec alii conductores qui tanti velint conducere, inveniantur. *l. eotem.* 11. §. *ult. ff. de publ. & vectig. & commiſſ.*

Tertio opponitur, quod in emptione bonorum debitoris cognati præferantur extraneis emtoribus. *l.* 1. *ff. de priv. cred. l. Imperator.* 60. *ff. de pact.* Ergo & in emphyteuſi quoque cognati extraneis præponentur, quia emphyteuſis cum venditione magnam habet ſimilitudinem. §. *adeo.* 3. *inſt. de locat. & conduct.* Reſp. Illæ leges loquuntur in ſpeciali caſu, quando ſcilicet debitoris obærati bona auctore judice poſſidentur & venduntur: tunc enim cognati & creditores præferuntur extraneis in venditione bonorum, modo eandem

eandem conditionem præſtent, quam extranei, quod nihil commune habet cum præſenti quæſtione. Hanc ſententiam amplectuntur & tuentur *Sarmient. lib.* 3. *ſelect. interp. cap.* 7. *And. Gail lib.* 2. *obſ. c.* 148. *Fachin. lib.* 1. *contr. jur. cap.* 100. Diſſentit *Bart. in l.* 1. §. *permittitur. ff. de aqua quot. & æſt.*

ASSERTIO XLII.

Emphyteuta ob non ſolutum domino canonem per triennium, fundo emphyteutico licite expelli poteſt.

JUre expreſſe deciſum eſt in *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* quod ſi emphyteuta triennio integro ceſſaverit in præſtatione canonis ſoliti & conſueti, quod propterea a domino ex fundo emphyteutico expelli poſſit.

Sed in contrarium adfertur hoc argumentum. Si emphyteuta qui multis annis agrum emphyteuticum poſſedit, & colendo ac plantando fertiliorem & meliorem reddidit, poſſet ob non ſolutum triennio canonem ejici fundo emphyteutico, illa ſequeretur iniquitas, quod dominus frueretur meliorationibus ab emphyteuta factis, & ad partos alieno labore fructus accederet. Certe hoc eſt iniquum, niſi dominus ſumptus in meliorationes factos refundat. Reſp. Nihilominus emphyteuta ejici poterit, & meliorationes una cum fundo ad dominum, ſolutione canonis debito tempore non facta, redibunt, ut earum nomine nihil domino poſſit objici. *d. l.* 2. in verb. *nulla ei in poſterum allegatione nomine meliorationis opponenda.* Neque iniquum eſt, hoc caſu ſtatui contra eum, qui in eo culpæ ſuæ pœnas luat.

Porro adeo verum eſt ob non ſolutum triennio canonem, poſſe emphyteutam expelli, ut etiam hoc procedat, licet emphyteuta pro ſolutione canonis non ſit a domino admonitus. *d. l.* 2. in verb. *neque prætendente, quod non eſt ſuper hac cauſa inquietatus.*

Sed adverſatur regula juris, quæ dicit moram non committi a debitore; niſi præcedat interpellatio. *l. mora.* 32. *ff. de uſur.* Item ubi mora & delictum non eſt admiſſum, ibi nec pœnæ poteſt eſſe locus. *l. aliud eſt fraus.* 131. *ff. de V. S.* Reſp. Dies hoc caſu interpellat pro homine, & ſine ulla interpellatione debitorem in mora conſtituit. Nam quia certum tempus, puta triennium, emphyteutæ cum pœna privationis a lege eſt præfinitum, potuit facile hoc tempus providere, & tempeſtiva ſolutione canonis, pœnam ejectionis evitare. Itaque hoc caſu non minus lapſu diei, quam aperta interpellatione mora committitur. *l. magnam.* 12. *C. de contr. ſtipul.*

Quæritur autem hic, an pactum valeat, quo convenit inter dominum & emphyteutam, ne emphyteuta a domino propter penſionem non ſolutam expellatur. Et verius probabiliusque eſt

hoc

hoc pactum juri eſſe conſentaneum, quia licet domino juri pro ſe introducto renunciare. *l. penult. C. de pact. l. ſi judex. 41. ff. de minor.*

Sed obſtat, quod *nulla ſit vis ejus conventionis*, qua cavetur, *ut invito domino rem alienam poſſidere liceat. l. cum precario. 12. ff. de precar.* Reſp. Præterquam quod hujuſmodi pactum ob repugnantiam in precario non valet, *l. ubi pugnantia. 188. ff. de R. J.* ideo quoque inutile eſt, quia repugnat ſubſtantiæ precarii, quæ eſt, ut ad nutum concedentis revocetur. *l. 1. & 2. ff. de precar.* Pactum autem de non expellendo emphyteutam, ob non ſolutum canonem, non eſt contra ſubſtantiam contractus emphyteutici, quæ in annua penſione conſiſtit, ſed tantum naturam ejus impugnat, quæ eſt, ut dominus emphyteutam non ſolventem canonem removere poſſit. Itaque hoc pactum vires habet, illud non item, quia naturalia contractus pacto quidem tolli poſſunt; ſubſtantialia vero non poſſunt mutari. *l. ſi quis donationis. 38. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt. l. ubi ita donatur. 27. ff. de mort. cauſ. don.* Subſtantia contractus eſt principalis ipſius contractus eſſentia, qua ſubmota contractus deficit. Natura contractus eſt vis & qualitas ſecundum proprios fines contractus inducta, ab iis quæ extrinſecus accidere poſſunt, ſeparata. Vide eleganter *Alciatum lib. 5. paradox. c. 16. & ad l. 3. ff. ſi cert. pet. num. 2.*

Secundo objicitur: Pactum de non expellendo emphyteutam ob non ſolutum canonem, invitat emphyteutam ad delinquendum, ſcilicet ad non ſolvendum, ideoque nullum eſt & inutile. *l. ſi unus. 27. §. illud. 3. ff. de pact. l. 5. ff. de pact. dot.* Reſp. Non datur hic anſa delinquendi, ne omnino ſolvat emphyteuta canonem, ſed pœna legis remittitur emphyteutæ, quem dominus nihilominus poteſt ad præſtandam debitam penſionem actione emphyteuticaria urgere. *Salyc. ad l. 2. C. de jur. emph. num. 13.*

ASSERTIO XLIII.

Ex contractu emphyteutico oritur actio emphyteuticaria.

CUm ex contractu emphyteutico mutua inter dominum & emphyteutam oriatur obligatio, conſtet autem obligationem actionem parere. *l. licet. 42. §. ea obligatio. 2. ff. de procur.* dubium non eſt, ex contractu emphyteutico actionem proficiſci. Verum quænam illa ſit, controvertunt interpretes, & adhuc ſub judice lis eſt. Sunt qui actionem præſcriptis verbis dari contendunt, quaſi hic contractus certum & ſpeciale nomen non habeat. Quoties enim contractus exiſtunt, quorum appellationes nullo jure civili proditæ ſunt, recurrimus ad actionem præſcriptis verbis. *l. 2. &*

3. *ff.*

3. *ff. de præſcript. verb.* Ita ſentit *Cynus in l.* 1. in fin *C. de jur. emph. num.* 8. Quæ ſententia ſatis refellitur ex eo, quod contractus emphyteuticus communi DD. teſtimonio nominatus eſſe dicatur. Alii itaque condictionem ex lege competere malunt, cum hic contractus per ſe ad producendam obligationem inefficax a Zenonis conſtitutione vires acceperit, & Zenonis conſtitutio non definiat, quo actionis genere experiri debeamus. *l. unic. ff. de condict. ex lege. gloſſ. in* §. *adeo.* in verb. *propriam. inſt. de locat. & conduct. Bart. in l.* 1. *C. de jur. emph. num.* 11. & *Jaſ.* ibidem *num.* 68. Quorum opinio licet magno doctorum conſenſu ſit recepta, teſte Jaſone, tamen cum hic contractus omnium ſuffragio inter nominatos referatur, forte diſputando non ſine ratione defendi poſſet condictione ex lege hic opus non eſſe, cum ex conventionibus nominatis certæ etiam & nominatæ proficiſcantur actiones. Quid enim aliud indicare voluit Ulpianus, dum inquit in *l.* 7. in princ. *ff. de pact. Conventiones quæ pariunt actionem, in ſuo nomine non ſtant, ſed tranſeunt in proprium nomen contractus.* Quemadmodum igitur dicimus actionem ex emto vendito, locato conducto, & ſimiles, ita non video quid vetet, actionem ex hoc contractu emphyteuticariam appellari. Quod etiam ſubodoratus videtur *Bart. in d. l. unic. ff. de condict. ex leg. num.* 8. & noviſſime *Oldend. claſſ.* 5. *de actionib. beneficiariis. Baro ad d.* §. *adeo.* Hodie diſputatio hujus rei ſupervacua videtur, cum nomen actionis exprimi non ſit neceſſe in libello, ſed factum narrari ſufficiat, ex quo juſta agendi cauſa colligatur. *c. dilect.* 11 *extr. de judic.*

ASSERTIO XLIV.

Emphyteuta longiſſimo tempore acquirere non poteſt directum dominium, ſi non ſolvit domino canonem.

EMphyteuta etiamſi longiſſimo tempore, puta 30 vel 40 annis non ſolvit penſionem domino, tamen non poteſt immunitatem a præſtatione canonis conſequi, neque directum dominium ſibi præſcriptione acquirere. Ratio eſt, quia emphyteuta quamdiu eo titulo poſſidet, non ſuo, ſed alieno nomine poſſidet; qui autem alieno nomine poſſidet, præſcribere nullo modo poteſt. *l.* 2. & *l. cum notiſſimi* 7. §. *ult. C. de præſcript.* 30 *vel* 40 *ann.* ubi eſt textus apertus & rotundus. Facit etiam pro confirmatione hujus ſententiæ *l. ſi quis conductionis.* 25. *C. locat.* ubi dicitur, quod qui conductionis titulo poſſidet, vere non poſſidet, ideoque prius poſſeſſionem locatori reſtituere debet, & tunc de proprietate litigare.

Objicitur primo huic deciſioni *l.* 3. & 4. *C. de præſcr.* 30 *vel* 40 *ann.* quæ dicunt 30 annis tolli omnes actiones tam in rem quam perſonam, nullumque jus privatum vel publicum in quacunque

cauſa vel perſona præſcriptione 30 vel 40 annorum, jugi ſilentio extinctum, iterum moveri poſſe. Reſp. Communis DD. ſententia hac in quæſtione veriſſima, hæc retinenda eſt; quod colonus vel emphyteuta præſcriptione longiſſimi temporis non acquirit directum dominium fundi, etiamſi longiſſimo tempore penſionem annuam domino non ſolvit. Quæ tamen ſententia non procedit, ſi emphyteuta poſſeſſionem domino intervertat, ut quia domino petenti recuſet penſionem ſolvere, contendens ſe eſſe dominum. per *l. colonus.* 12. & *l. cum fundum.* 18. *ff. de vi & vi arm.* Ex hoc enim tempore præſcriptio curret, & ſi exinde legitimo tempore poſſedit, tunc quia civiliter poſſidet tanquam dominus, plenam ſecuritatem a ſolvendo canone, & directum dominium præſcribet. Ita expreſſe decidit *Bart. in d. l.* 2. *C. de præſcript.* 30 *vel* 40 *annor. num.* 3. Cujus legis hic eſt germanus ſenſus, quod emphyteuta rem detinens ut emphyteuta, aut colonus rem detinens ut colonus, nullo tempore præſcribit. Verum ex quo intervertit domino poſſeſſionem, & recuſat ſolutionem canonis, jam non ditinet ut emphyteuta, nec poſſidet alieno nomine, ſed ſibi; proinde non minus poteſt præſcribere, quam quilibet extraneus. Ita decidunt *Caſtrenſ. in l. neque fructuarium.* 8. *C. de uſufruct. num.* 8. *Jaſon ad l.* 2. *C. de jur. emph. num.* 157. *Balbus in tractatu præſcript.* 4. *part. princip. quæſt.* 11. *num.* 4. *Pacius ad l. plures.* 18. *C. de inſtrum. num.* 7. & ibi communiter. DD.

Secundo opponitur *l. ult. C. de fund. rei privat. &c.* ubi videtur affirmari, quod ſi emphyteuta 40 annis penſionem annuam non ſolvit, præſcriptione cenſetur acquiſiviſſe immunitatem a ſolvendo canone, & per conſequens directum dominium præſcripſiſſe. Reſp. Lex illa non dicit præſcribi immunitatem annuæ penſionis, vel directum dominium ſpacio 40 annorum ab emphyteuta, ſed hoc dicit: *Si quis fundum rei privatæ principis emerit ea lege, ut canonem ſolvere non teneatur, quod hic* 40 *annorum præſcriptione ſe tueri poterit.* Hic emtor nunquam ſuſcepit in ſe obligationem ſolvendi canonis, ſed eam recuſavit & noluit ſuſcipere. Itaque non pertinet ad noſtram quæſtionem qua tractatur, an emphyteuta poſſit præſcriptione logiſſimi temporis acquirere immunitatem canonis emphyteutici, & per conſequens directum dominium præſcribere.

Assertio XLV.

Emphyteuſi finita ſine culpa emphyteutæ, meliorationes pertinent ad dominum directi dominii.

Verior & juri magis conſentanea eſt ſententia, quod impenſæ ſeu meliorationes, quibus res emphyteutica melior eſt effecta,

cta, pertineant ad dominum directi dominii, etiamſi ſine culpa emphyteutæ res ſit ad dominum reverſa, puta ſi emphyteuſis ad certum tempus, vel certam generationem ſit conceſſa, & finito tempore res revertatur ad dominum. Confirmat hanc deciſionem, quod contractus emphyteuticus eam ob cauſam inſtituitur, ut res melior efficiatur, ut ex ipſius verbi etymologia apparet. *l. ult. C. de jur. emph.* & ibi *gloſſ.* Et ideo ſolet eccleſia prædia ruinoſa ad meliorandum in emphyteuſin concedere. *auth. ſi quas ruinas. C. de SS. eccleſ.* Ergo ſi hanc ob cauſam ſolet contractus emphyteuticus celebrari, dominus non tenetur ſolvere expenſas meliorationum: ob id enim dat prædium in emphyteuſin, ut ab impenſis liberetur, unde impenſæ ab eo repeti non poſſunt. Secundo hanc opinionem comprobat *l. 1. C. de jur. emph.* ubi damnum quod per deteriorationem rei contingit, imputatur emphyteutæ, non domino. Ergo non poteſt expenſas in reficiendo factas a domino repetere: nam ſi repetere poſſet, non ejus eſſet damnum, ſed domini. Denique hæc ſententia æquitati & rationi eſt conveniens, quia cum emphyteuſis plerumque pro exigua mercede concedi ſoleat, hinc in compenſationem fructuum meliorationes cedunt domino ex natura contractus, finita emphyteuſi etiam ſine culpa emphyteutæ. Quod ſi emphyteuſis culpa emphyteutæ ſit extincta, veluti ob non ſolutionem canonis, vel ob alienationem illicite factam, vel ob rei deteriorationem, tunc certum & indubitatum eſt, dominum meliorationes lucrari. *l. 2. C. de jur. emph. §. ſcire autem. nov. 7.*

Sed obſtat primo *l. domus. 58. ff. de leg. 1.* ubi traditur, ſi quis impenſas faciat in re ſubjecta reſtitutioni poſt tempus, poterit eas impenſas repetere ab eo, cui rem reſtituit. Idem ergo videtur ſtatuendum in hac quæſtione, cum fundus emphyteuticus poſt certum tempus vel certam generationem ſit ſubjectus reſtitutioni. Reſp. Ibi non eſt res ad meliorationem data, neque meliorationes veniunt, ſicut ex natura contractus emphyteutici debentur.

Secundo objicitur textus in *c. 1. §. vaſallus. lib. 2. feud. tit. 28.* ubi ſecundum unam lecturam meliorationes pertinent ad vaſallum & non ad dominum. Reſp. Res quæ in feudum dantur, non ad meliorationem dantur, ſed propter homagia ſeu ſervitia perſonalia, quæ ſunt cauſa feudi; at cauſa contractus emphyteutici regulariter eſt melioratio fundi emphyteutici, ut ex verbo ipſo liquido apparet.

Tertio opponitur, quod dominus videatur locupletari cum alterius jactura, contra juris regulas. Reſp. Non obſtat prædicta regula, quia intervenit hic conſenſus tacitus vel expreſſus, ideoque conſentienti & volenti non fit injuria.

Quarto adverſatur *l. 7. §. quoniam. 2.* & *l. ſed ſi quid. 15. ff. de uſufr.* ubi uſufructuarius poteſt expenſas utiliter factas repetere, vel

detrahere, cui ſimilis videtur emphyteuta. Reſp. Illæ leges magis confirmant hanc opinionem, quia uſufructuarius expenſas modicas, ad quas de natura uſusfructus tenetur, repetere non poteſt; magnas autem, quæ ex natura uſusfructus non veniunt, repetere poteſt. *l. eum ad quem.* 7. *C. de uſufr.* Cum ergo omnes impenſæ quæ fiunt in re emphyteutica, ex natura ipſius contractus veniant, nullæ impenſæ rei emphyteuticæ repeti poſſunt a domino. Hanc ſententiam ſolide & exacte defendit *Sarmient. lib.* 3. *ſelect. interp. c.* 4. Quem ſequitur *Fachin. lib.* 1. *controverſ. juris, cap.* 92.

ASSERTIO XLVI.

Emphyteuta ſi triennio canonem non ſolverit, poſtmodum oblatione facta, moram purgare non poteſt.

EMphyteuta ſi integro triennio penſionem debitam non ſolverit, amittit emphyteuſin, & a domino ex prædio emphyteutico expelli poterit. *l.* 2. *C. de jur. emph. auth. qui rem. C. de SS. eccl.* Quod adeo verum eſt, ut etiamſi triennio elapſo velit offerre ſolutionem canonis, nihilominus tamen expelli poſſit, quia non poteſt poſt triennium offerendo debitum canonem, moram ſemel commiſſam purgare. Idque probatur hac certiſſima juris regula, quæ habet: *Quoties dies & pœna eſt in obligatione, toties non admittitur purgatio moræ, tempore obligationis elapſo. l. trajectitiæ.* 23. *§. de illo. ff. de obligat. & act. l. magnam.* 12. *C. de contr. ſtipul.* At vero in noſtro caſu certum tempus in contractu emphyteutico præſcriptum eſt a lege ſolvendo canoni, triennium videlicet ſub pœna amiſſionis juris emphyteutici. *d. l.* 2. *C. de jur. emph.* Ergo poſt illud tempus offerendo ſolutionem canonis, emphyteuta moram purgare non poteſt.

Sed graviter obſtat huic deciſioni *c. potuit.* 4. *extr. de locat. & conduct.* ubi emphyteuta eccleſiæ offerendo ſolutionem canonis poſt biennium celeri ſatisfactione moram purgare poteſt. Reſp. Hoc tantum ſingulariter receptum eſt in emphyteuta eccleſiæ, ut ille poſſit celeri ſatisfactione, judicis religione æſtimanda, poſt moram commiſſam ſibi conſulere. Ratio ſpecialis juris eſt, quia veriſimile eſt Romanos Pontifices, qui hujuſmodi negligentiam coarctarunt, eamque biennio concluſerunt, hoc amplius emphyteutæ indulſiſſe, ut moram iſto modo purgare poſſit, atque ita in uno gravatus in altero ſublevari debet. arg. *l. cum qui.* 30. in princ. *ff. de jurejur.* Maxime cum jus canonicum moræ purgationem facilius admittat, & non ita ſtricte pœnas exigat, quemadmodum jus civile. *c. ſuam. extr. de pœn.* Diverſum obtinet in emphyteuta privati; hunc enim moram nullatenus purgare poſſe, verius eſt. Ita habet communis DD. opinio teſtante *Sichardo in l.* 2. *C. de jur. emph.*

emph. num. 20. quod etiam *Jaſoni* in utranque partem latiſſime diſputanti tandem magis probatur *in d. l.* 2. Approbat *Molin. ad conſuet. Pariſ. tit.* 2. *de conſuet.* §. 62. *num.* 9. & 10. & ſecundum hanc ſententiam judicatum fuiſſe refert *Affliſt. deciſ.* 174. *num.* 2. Diſſentit *Coraſ. in d. l.* 2. *num.* 16. *Clarus in receptis ſentent. tit. de emphyteuſi*, *quæſt.* 8. *num.* 15.

Secundo huic aſſertioni repugnat *l. quid tamen.* 21. §. *ult. ff. de recept. qui arbitr. recep.* ubi ſtatuitur, quod ſi arbiter ſub certa pœna condemnavit alterum ex litigatoribus ad ſolvendam certæ pecuniæ ſummam, quod hoc caſu evitet ſolutionem pœnæ, ſi poſt ſententiam latam ante acceptum judicium offerat ſummam condemnatione comprehenſam. Ergo adhuc admittitur purgatio moræ, licet pœna obligationi ſit adjecta. Reſp. Ideo ibi debitor admittitur in obligatione pœnali ad purgationem moræ, quia nullum tempus fuit expreſſe appoſitum in ſententia arbitri, intra quod ſolvere debuit litigator, ſed tantum tacite tempus a lege judicatis datum ſubintelligitur. Atqui ubi dies non eſt nominatim adjectus obligationi, ſed a lege ſubintelligitur, tunc adhuc locus eſt purgationi moræ. *l. ſi inſulam.* 84. *ff. de V. O.* Approbat & ſequitur hanc deciſionem *Fachin. lib.* 1. *controv. jur. c.* 98.

ASSERTIO XLVII.

Uſusfructus eſt jus utendi fruendi rebus alienis, ſalva rerum ſubſtantia.

DEfinitio hæc uſusfructus proponitur a JC. Paulo in *l.* 1. *ff. de uſufr.* & ab Imperat. Juſtin. repetitur in *princ. tit. inſt. de uſufructu.*

Sed objicitur quod definitio hæc vitioſa eſt, quia etiam aliis ſpeciebus accommodari poteſt. at vero definitio & definitum inter ſe reciprocari debent. *l.* 1. *ff. de dol. mal.* Primum autem videtur hæc definitio convenire emphyteuſi, quæ etiam jus utendi fruendi transfert ad emphyteutam ad perpetuum vel longiſſimum tempus. *l.* 1. *ff. ſi ager. vectig. pet.* Idque in re aliena, quia proprietas non transfertur in emphyteutam. *d. l.* 1. *ff. ſi ager vect. pet.* Poſtremo ſicut per interitum rei uſusfructus extinguitur. *l. repeti.* 5. §. 2. & 3. *ff. quib. mod. uſusfruct. amitt.* ita & totius rei interitu finitur emphyteuſis. *l.* 1. *C. de jur. emph.* Reſp. Emphyteuta plus juris conſequitur quam uſufructuarius; nam quaſi dominus eſt agri emphyteutici, atque adeo diſerte dominus appellatur in *l. poſſeſſores.* 12. *C. de fund. patrim.* eique utilis actio rei vindicandæ cauſa permittitur. *d. l.* 1. *ff. ſi ager vect. pet. l.* 5. §. *bonorum.* 6. *ff. ut in poſſ. leg. &c.* Quinimo emphyteuta agrum emphyteuticum donare, vendere, legare & oppignorare poteſt. *l. tutor.* 16. *ff. de pign. act. l. ſi domus.*

mus. 71. §. *ult. ff. de legat.* 1. ut jam non tam alienis rebus, quam ſuis frui videatur. Ideoque per hæc verba, *rebus alienis*, ſatis diſtinguitur emphyteuſis ab uſufructu, quia emphyteuta rebus ſuis utitur & fruitur.

Secundo opponitur, quod definitio uſusfructus conveniat etiam precario: nam qui precario rem alienam accepit, poteſt ea uti frui ſalva rei ſubſtantia. Reſp. Hoc differt uſusfructus a precario, quod uſusfructus manet penes uſufructuarium uſque ad vitam ejus, ſed precarium quandocunque revocari poteſt pro arbitrio precarium dantis. *l.* 1. *ff. de precar.*

Poſtremo objicitur, quod etiam hæc definitio uſusfructus antichreſi adaptari poteſt, quæ eſt ſpecies pignoris, quando ſcilicet ita res pignori datur, ut quoad debitor ſatisfaciat, ea creditor utatur fruatur. *l. ſi pecuniam.* 33. *ff. de pign. act. l. ſi is qui bona.* 11. §. 1. *ff. de pign.* Ille qui antichreſin habet, omnibus proventibus & fructibus rei oppignoratæ utitur & fruitur in re aliena. Ergo uſumfructum habere cenſetur. Reſp. Aliud eſt jus utendi fruendi, aliud vinculum ipſius juris. Jus eſt dominium juris, quod fructuario per traditionem acquiritur. *l.* 3. & 4. *ff. de uſufruct.* Ita ut rei venditio ei competat, quæ vulgo confeſſoria actio appellatur. *l.* 5. *ff. ſi uſusfruct. pet.* unde & uſusfructus in dominio & bonis uſufructuarii recenſetur. *l. in venditionem.* 8. *ff. de rebus auctor. jud. poſſ. vel vendend.* At creditor cui antichreſis conceſſa eſt, non habet dominium juris, ſeu actionem realem, ſed obligationem vel actionem perſonalem tantum, qua agit contra debitorem, ut ſibi uti frui liceat. Non ea enim vis eſt obligationum, ut corpus aliquod noſtrum faciant, ſed ut alium nobis obligent ad dandum vel faciendum. *l.* 3. *ff. de oblig. & act.* & dominium ab obligatione ſeparatur in *l.* 2. *ff. de ſtipul. ſerv.* Eleganter *Hotom. in illuſt. quaſt. quaſt.* 22.

ASSERTIO XLVIII.

Uſufructuarius naturaliter poſſidet uſumfructum.

QUod uſufructuarius naturaliter poſſideat uſumfructum multis legibus diſerte comprobatur. Primo id aperte confirmat *l. naturaliter.* 12. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi Ulpianus reſpondet: *Naturaliter is videtur poſſidere, qui uſumfructum habet.* Idem decidit *Papinianus in l. poſſeſſio.* 49. *ff. de eod.* dum ita ſcribit: *Poſſeſſio quoque per ſervum, cujus uſusfructus meus eſt, ex re mea vel operis ſervi mihi acquiritur, cum & naturaliter a fructuario teneatur.* Ubi aperte & diſerte dicitur, quod uſufructuarius ſervum fructuarium teneat & poſſideat. Unde & dantur illi interdicta poſſeſſoria, tam interdictum *uti poſſidetis* pro uſufructu retinendo, in quo quis turbatur, quam interdictum *unde vi*, pro uſufructu recuperando,

de

de quo per vim quis dejectus eſt. *l. ult. ff. uti poſſidetis. l.* 3. §. *unde vi.* 13. *ff. de vi & vi arm.* Huc accedit & hæc ratio, quod ad fructuarium omnes rei fructus, omniaque emolumenta pertinent, ideoque recte naturaliter uſumfructum poſſidere cenſetur. *l. in venditionem.* 8. *ff. de rebus auct. jud. poſſ. vel vendend.*

Objicitur *l. acquiritur.* 10. §. *ſed bona fidei poſſeſſor.* 5. in fin. *ff. de acq. rer. dom.* ubi Cajus inquit: *uſufructuarius uſucapere ſervum non poteſt, quia non poſſidet, ſed habet jus utendi fruendi.* Reſpond. Fructuarius naturaliter poſſidet ipſum uſumfructum, ſeu jus utendi fruendi, non vero poſſidet ipſum fundum fructuarium.

Secundo adverſatur *l. ſciendum.* 15. §. *poſſeſſor autem.* 1. verſ. *eum vero. ff. qui ſatiſd. cog. &c.* ubi Ulpian. reſpondet, *eum qui uſumfructum tantum habet, poſſeſſorem non eſſe.* Reſp. Illa lex loquitur quantum ad ſatiſdationem judicio ſiſti: qui enim immobilia poſſidet, non tenetur ſatiſdare judicio ſiſti. Sed talis non eſt fructuarius, quia non eſt dominus vel poſſeſſor fundi, ſed tantum habet jus utendi fruendi, ideoque cautionem de judicio ſiſtendo præſtare tenetur.

Denique repugnat aſſertioni *l.* 6. §. 2. *ff. de precar.* ubi dicitur, *nam & fructuarius eſt in prædio, & tamen non poſſidet.* Item *l.* 1. §. *unde eſt quæſitum.* 8. in fine. *ff. quod legat.* ubi ait Ulpianus: *Uſusfructus non poſſidetur, ſed magis tenetur.* Idem reſpondet Ulpianus in *l. Celſus.* 5. 9. *Julianus.* 1. *ff. ad exhibend.* Ad has omnes leges reſpondetur, quod iſtæ leges, quatenus negant uſufructuarium poſſidere, hoc modo ſint accipiendæ, ut poſſeſſionem hanc naturalem non excludant, ſed quod civiliter, hoc eſt, animo domini uſufructuarius non poſſideat. Vide latius pro hac ſententia differentes *Cujac. lib. obſ.* 9. *c.* 33. & *lib.* 18. *c.* 24. *Fachin. lib.* 8. *controv. jur. c.* 18.

ASSERTIO XLIX.

Uſufructuarius omnium bonorum non tenetur ad æs alienum ſolvendum, ſecundum communem DD. ſententiam, contra BARTOLUM.

Uſufructuarius omnium bonorum non tenetur ad ſolvendum æs alienum, ſed heres convenitur ad præſtationem æris alieni a creditoribus & legatariis, permittiturque heredi ad ſolutionem æris alieni diſtractio bonorum hereditariorum, quo facto & ipſe uſusfructus minuetur: nam quod ſupereſt ære alieno deducto, illud tantum heres fructuario tradere tenetur. Probatur hæc ſententia in *l. uſufructu.* 69. *ff. ad l. Falc.* ubi Pompon. ait, uſufructu omnium bonorum legato, primum æs alienum deducendum eſſe. Concordat *l. generali.* 32. §. *ult.* & *l. ult. ff. de uſufr. leg.* Eandem ſententiam confirmat *l.* 1. *C. ſi cert. pet.* & *l.* 2. *C. de*

 hered.

hered act. ubi traditur, ad heredem æris alieni ſolutionem ſpectare. Hæc ſententia communiter a DD. recepta eſt, ut notat *Tur. Zan. in comm. opin. opin.* 105. *Ferrar. in form. libell. quo uxor agit ad dotem. Caſtrenſ. conſ.* 394. *Bald. conſ.* 237. *Pract. Maſſuer. tit.* 13. *de uſufruct. Covarr. lib.* 2. *var. reſol. c.* 2. *Coſtal. ad l. quoties.* 34. §. *univerſorum. ff. de uſufr. Gail lib.* 2. *obſer. c.* 146.

Diſſentiunt tamen ab hac ſententia *Bart. ad l. ult. ff. de uſufruct. leg.* eumque ſecutus *Guido Pap. deciſione* 541. qui exiſtimant, uſumfructuarium omni æri alieno obſtringi, quaſi velint de fructibus ſolvendum eſſe æs alienum. Quæ ſententia merito a multis improbata eſt, quia æs alienum onus totius patrimonii, non fructum reſpicit. *d. l. ult. ff. de uſufr. legat.* Ad hæc poſſet tam grave eſſe æs alienum, ut etiam multorum annorum fructus ad id diſſolvendum pares non eſſent futuri, quo caſu inutilis eſſet uſusfructus, quod non eſt dicendum.

Opponitur *l. nam quod.* 14. in fin. cum *ll. ſeqq. ff. ad SC. Trebell.* ubi traditur, quod quoties in ultima voluntate relinquuntur alicui bona, tunc ea diſpoſitio intelligi bebet cum onere æris alieni, ut ſcilicet is cui bona univerſa, vel certa bonorum pars relinquitur, teneatur etiam agnoſcere æs alienum. Reſp. Ea lex accipienda eſt, quando plena proprietas bonorum alicui relinquitur.

Secundo objicitur *l. uxori.* 37. *ff. de uſufr. leg.* ubi dicitur, quod ſi alicui uſusfructus omnium bonorum relictus eſt, quod etiam calendarii uſusfructus ad eum pertineat. Si calendarii uſusfructus ad eum pertineat, ergo & debita & credita ad eum videntur pertinere. Continet enim calendarium debita & credita. *l. qui filium.* 64. *ff. de leg.* 3. Reſp. Calendarium debita non continet, ſed nomina creditorum, & ſic credita & pecuniam jam exactam & fœnori deſtinatam. text. in *d. l. qui filium.* 64. *ff. de leg.* 3. Calendarium enim nihil aliud eſt, quam negotiatio hominum faciendorum, ex eo dictum, quod veteres in calendas fœnerari ſolebant. *Connan. lib.* 7. *comm. jur. c.* 1. *num.* 12. *Briſſon. in lexico*, in verb. *Calendarium.* Et ſane ineptum eſſet, exiſtimare JC. in *d. l. uxori.* quærere, an uſufructu a teſtatore legato, debita ipſius legantis contineantur calendarii nomine, niſi velint DD. debita etiam venire in conſequentiam creditorum, ut qui uſumfructum habet creditorum, etiam onus ſubeat debitorum: ſed tunc nec textus in *d. l. uxori.* ad rem faciet, nec bona erit illa conſequentia, cum ad heredem onus ſolvendi æs alienum pertineat, ad quem ſpectat commodum hereditatis. Ita reſpondet *Fachin. lib.* 4. *controverſ. jur. cap.* 19.

Tertio obſtat *l. ult.* §. *ſin. autem legata. C. de bon. quæ lib. &c.* ubi uſufructuarius omnium bonorum tenetur ad ſolutionem legatorum. Reſp. Speciale hoc eſt, ut non procedat prædicta deciſio

in

in annuis legatis; nam annua legata ſecundum magis communem DD. opinionem ab uſufructuario omnium bonorum ex reditibus uſusfructus præſtanda ſunt. per *l.* 7. §. 1. *ff. de uſufruct.* Ita decidit *Gail, d. obſ.* 146. in fin.

ASSERTIO L.

Uſufructuarius non cavere, ſed ſatiſdare tenetur, ſe uſurum fruiturum boni viri arbitratu, & cum uſufructus finitus fuerit, ſe reſtituturum quod inde extabit.

USufructuarius tenetur proprietario deſideranti de duobus ſatiſdare. Primo cogitur ſatiſdare, *ſe uſurum boni viri arbitratu*, id eſt, *ſe non deteriorem cauſam uſusfructus facturum*, cæteraque *curaturum, quæ in re ſua diligens paterfamilias faceret.* Secundo ſatiſdabit ſe rem fructuariam reſtituturum finito uſufructu. *l.* 1. §. *cavere.* 3. & §. *habet.* 6. *ff. uſufruct. quemadm. caveat. l. ſi cujus.* 13. in princ. & *l. ſed cum fructuarius.* 65. *ff. de uſufruct.*

Sed objicitur *l. cum oportet.* 6. §. *non autem.* 2. & *l. ult.* §. *ſin autem legata. C. de bon. quæ lib. &c.* ubi traditur, quod pater qui habet uſumfructum in bonis adventitiis filii, non tenetur hanc ſatiſdationem præſtare. Reſp. Patri hæc cautio remiſſa eſt, pro jure veteris dominii, quod olim illi in his bonis acquirebatur, tum etiam quia ut Imp. ait: *Paterna reverentia eum a cautione excuſat.*

Secundo adverſatur *l. ſi uſusfructus.* 9. §. *plane.* 2. *ff. uſufr. quemadm. caveat.* ubi traditur, quod *ſi uſusfructus alicui pure, proprietas vero ex die legata eſt, cautio fructuario remittenda ſit.* Reſp. Ideo remittitur cautio huic fructuario, quia non eſt neceſſaria, ſive quod nihil interſit heredis, quid de proprietate futurum ſit, quæ non ad ipſum, ſed fructuarium heredemve ejus certo reditura ſit; ſive quod cum agatur res fructuarii, non eſt probabile eum deterius aliquid in perniciem propriam conſtituturum. Idque ex mente prætoris procedit, cui propoſitum fuit hac cautione proprietario conſulere, ut ſecurus ſit de proprietate rei. *d. l. ſi cujus,* in princ.

Quæritur autem, qualis cautio hic exigatur, nudane an ſatiſdatio, quæ datis fidejuſſoribus interponitur. Sed verius eſt ſatiſdationem hic exigi prætoris a fructuario, ac niſi ita caveatur, denegari ei uſusfructus petitionem. *d. l. ſi cujus.* in princ. & *l. fin. ff. de uſufr. quemadm. caveat. l.* 4. *C. de uſufruct.* Quod adeo verum eſt, ut quamvis diu quæſito fidejuſſore eum reperire non poſſit, tamen non prius danda ſit fructuario actio pro exigendo uſufructu, quam ſatisdederit. *d. l. ſi. cujus.* 13. ubi additur ratio, quia *dominus pro-*

prietatis ſecurus eſſe debet de proprietate ſua; id autem fieri non poteſt ſine ſatisdatione, ideoque nec ad juratoriam cautionem admittetur uſufructarius.

Sed opponitur *auth. generaliter. C. de epiſc. & cleric.* ubi traditur, quod qui fidejuſſorem invenire non poteſt, liberetur præſtita juratoria cautione. Item adverſatur regula juris, quæ dictat impoſſibilium nullam eſſe obligationem *l. impoſſibilium.* 185. *ff. de R. J.* Unde ſi propter inopiam non poteſt uſufructuarius fidejuſſoribus vel pignoribus cavere, æquum eſt, eum ad juratoriam cautionem admitti. Reſp. Humanum & benignum erit, ſi conſtat fructuarium plane eſſe pauperem, quem veriſimile ſit non poſſe facile fidejuſſorem invenire, adhiberi remedium, quod in ſimili re proponitur in *l. ſed ſi is.* 5. §. *quoties.* 2. *ff. de Carb. edict.* ut detur fructuario res fruenda ſine ſatisdatione quidem, ita ut contenti ſimus nuda cautione, ſic tamen ut proprietarius jubeatur eſſe in poſſeſſione rei fructuariæ, tanquam cuſtos & obſervator, qui det operam, ne quid res fructuaria capiat detrimenti. Ita recte decidit *Donell. lib.* 10. *comm. cap.* 14. Diſſentit *Weſemb. in paratit. ad tit. uſufruct. quemadm. caveat.* qui indiſtincte uſufructuarium ad juratoriam cautionem admittit, ſi fidejuſſoribus aut pignoribus datis ob inopiam cavere nequeat. *Cacheran. deciſ. Pedemont.* 153. *num.* 4. qui decidit, admittendam eſſe cautionem juratoriam, maxime juncta ſubmiſſione omnium bonorum ipſius uſufructarii. arg. *l. filio.* 7. *ff. ut legator. ſeu fideicommiſſ. ſervand. cauſ. caveatur.* Uſu & praxi judiciorum ita plerumque obſervatur, ut ſi uſufructuarius ſit homo frugi, & honeſtæ probatæque vitæ, tunc admittenda ſit juratoria cautio. Si vero ſit ſuſpectæ vitæ, vel ignominioſus aut infamis, aut ſuſpectus de dilapidatione, tunc res uſufructuaria apud virum bonum ſequeſtrabitur, qui uſufructuario de fructibus reſpondeat. arg. *l. poſtquam.* 5. §. *Imperator.* 1. *ff. ut legat. ſeu fideicommiſſ. ſervand. cauſ. caveatur. l. ſi fidejuſſor.* 7. §. *ult. ff. qui ſatiſd. cog. &c. l. cum non facile.* 6. *ff. ſi cui plus quam per l. Falcid. &c.* Ita poſt *Bart. in l.* 4. *C. de uſufr.* tradunt *Gail. lib.* 2. *obſ. c.* 47. *Guid. Pap. deciſ.* 230. ubi dicit ſecundum hanc opinionem judicatum fuiſſe, & addit elegantem gl. *in l.* 4. *C. de uſufr.*

ASSERTIO LI.

Qui habet ſervitutem rivi, poteſt ex terreno rivo lapideum facere.

QUæritur, an interdicto de rivis uti poſſit, qui vult terrenum rivum, quo uſus eſt jure ſervitutis, lapideum facere. In qua quæſtione pugnare videtur *l.* 1. §. *ſi quis.* 10. cum *l.* 3. §. *Servius.* 1. *ff. de rivis.* In *l.* 1. §. *ſi quis*, traditur, eum qui ex rivo terreno

reno lapideum facere velit, non recte experiri hoc interdicto. Contrarium in *d. l.* 3. §. *Servius.* aſſeritur, ubi Ulpianus ſcribit illum eſſe audiendum, qui vult rivum, qui ab initio terrenus fuit, cœmentitium facere, eo quod terrenus aquam non contineat. Reſp. Ex ſententia Bartoli, qui in *d. l.* 1. §. *ult.* ita diſtinguit. Aut quis vult ex urgente neceſſiate, & magna utilitate rivum immutare, & ex terreno lapideum facere, & hoc ei licet, ut puta ſi terrenus aquam amplius non contineat, & hoc caſu procedit *d.* §. *Servius.* Aut nulla neceſſitas vel grandis utilitas ſubeſt, & tunc non conceditur rivi mutatio. Ita procedit *d. l.* 1. §. *ſi quis.* qui loquitur de ſuperflua, non vero de neceſſaria, & utili refectione rivi, quod ſcilicet non liceat, rivo non indigente ulla refectione, eum ex terreno cœmentitium vel lapideum facere. Idque indicant verba, quæ rationis loco ſubjiciuntur in *d.* §. *ſi quis. Non enim reficit, qui hoc facit.* id eſt, qui ſine ulla neceſſitate vel evidenti utilitate mutat rivum. Hanc conciliationem comprobant *Menoch. remed.* 7. *retin. poſſeſ. num.* 14. *Cujac. lib. obſerv.* 27. *c.* 22.

ASSERTIO LII.

Diviſio hereditatis, ut major frater dividat, minor eligat, juri civili non eſt conſentanea.

Controvertitur acriter inter DD. utrum inter fratres ita ſit facienda diviſio hereditatis, ut major ex fratribus dividat, & minor eligat. In hac controverſia canoniſtæ tradunt, ita hereditatem eſſe dividendam inter fratres, ut major dividat, minor vero eligat, per *c.* 1. *extr. de paroch.* Legiſtæ vero contra ſtatuunt judicis ſive arbitri officio diviſionem eſſe faciendam, & quod ab eo commode dividi non poteſt, ſorte dirimendum cenſent. Hæc ſententia legiſtarum tanquam verior & juri magis conſentanea, retinenda & amplectenda eſt, quæ probatur in *l.* 4. 5. 6. & *l. in hoc judicio.* 27. *ff. fam. erciſc.* §. *quadam.* 20. *inſt. de act. l.* 3. *C. commun. de legat. &c. l.* 2. *C. quand. & quib. quart. pars debet. &c.* Approbant & ſequuntur eam *Schneid. ad d.* §. *quadam. num.* 63. & ſeqq. *Fachin. lib.* 6. *controv. jur. c.* 37.

Opponitur huic deciſioni *c.* 1. *extra. de paroch.* ubi traditur, quod in facienda diviſione inter duos epiſcopos, ille dividet, qui longiori tempore epiſcopatum habuit, & minor eliget. Reſp. Textus in *d. c.* 1. loquitur in caſu ſpeciali, ubi non de hereditate, ſed de dividendo epiſcopatu agitur. quo caſu præſumitur, quod is qui diutius fuit in epiſcopatu, majorem ejus habeat notitiam, quam junior: idque favore eccleſiæ ſpecialiter receptum eſt, unde alias jus commune eſt in contrarium.

Secundo adverſatur *l.* 1. *C. de his qui ſe deferunt.* ubi ſtatuitur, quod ſi fiſcus habeat hereditatem vel rem communem cum privato,

to, quam vult cum eo dividere, fiſcus debet facere partes, & deinde concedere electionem privato. Reſp. Ibi hoc tanquam privilegium & jus ſingulare propter ſexum vel ætatem conceditur *illi*, qui habet hereditatem communem cum fiſco, ut hoc caſu privatus ratione ætatis, vel mulier ratione ſexus, hanc habeat prærogativam, ut optio & electio ei concedatur in facienda diviſione.

Poſtremo objicitur locus ex veteri teſtamento, *Geneſ. cap.* 13. *verſ.* 9. ubi inter duos fratres Abrahamum & Lothum hoc modo diviſio inſtituta. Sic enim Abraham qui erat ſenior, allocutus eſt fratrem juniorem Loth: *Si tu in ſiniſtram diſceſſeris, ego dexteram petam; ſin autem tu dexteram verſus, ego ſiniſtram petam.* Reſp. Hoc teſtimonium continet tantum exemplum de diviſione facta inter Lothum & Abrahamum, quod ſcilicet Abraham frater major natu diviſit bona, Loth vero minor natu elegit; ſed non eſt adjectum præceptum generale, ut ita fiat diviſio hereditatis ab omnibus fratribus, ut frater minor habeat illam in optione prærogativam. Itaque recte dicimus non exemplis, ſed legibus eſſe judicandum. *l. nemo.* 13. *C. de ſent. & interloc. omn. jud.* Ex generali tamen conſuetudine Germaniæ in Camera imperii approbata, receptum eſt, ut natu major frater dividat bona hereditaria, & minor eligat. Ita notat & tradit *Andr. Gail lib.* 2. *obſ. c.* 116. per textum in *d. c.* 1. *de paroch.* Sequitur *Minſ. centur.* 4. *obſ.* 37. & noviſſime *Weſemb. in parat. ad tit. famil. erciſc. num.* 6. Quæ & ſententia jure Saxonico obtinet inter duos fratres: *Daer ſal de oudſte deelen, ende die jungſte keeſen.* tam in allodialibus, quam feudalibus bonis. *Landtr. lib.* 3. *artic.* 29. *Scurff.* 1. *conſ.* 71. *Sneidew. ad* §. *quadam. inſt. de action. num.* 27.

ASSERTIO LIII.

Contractus eſt duorum pluriumve in idem conſenſus & conventio, ad conſtituendam obligationem efficax.

HÆC definitio tradita extat a Theophilo ad *tit. inſtit. de obligat.* & confirmatur per *l. omnem.* 20. *ff. de judic.* ubi dicitur, *omnem obligationem pro contractu habendam eſſe, quamvis non ex crediti cauſa debeatur.*

Sed adverſatur primo huic definitioni *l. Labeo.* 19. *ff. de V. S.* ubi *Labeo definit contractum eſſe ultro citroque obligationem.* Unde conſequitur eos tantum proprie dici & cenſeri contractus, qui ex utroque latere producunt obligationem, uti ſunt emtio venditio, locatio conductio, ſocietas & mandatum. Cæterum ſtipulatio, mutuum, commodatum, donatio, depoſitum, quia non producunt ab utraque, ſed ab una tantum parte obligationem, contractus proprie dici non poſſunt. Sic in mutuo debitor pecuniam acci-

accipiens tantum obligatur. *l. certi. 9. §. quoniam. 3. ff. de reb. credit.* In ſtipulatione promiſſor ſolus, non vero ſtipulator obligatur. *l. 5. §. ſtipulatio. 1. ff. de verb. obligat.* Denique in commodato commodatarius tantum obligatur; commodato vero dans non obligatur, niſi forte in hoc, ut patiatur recipientem re commodata uti, vel ex accidenti, ſi videlicet commodatarius impenſas fecerit in rem commodatam. *l. in commodato. 17. §. ſicut autem. 3. ff. commod.* Reſp. In definitione Labeonis hæc verba, *ultro citroque obligatio*, non ſignificant utrimque contractam obligationem, ac ſi requiratur ut in omni contractu uterque ſibi mutuo fiat obnoxius; ſed ea eſt horum verborum ſignificatio, quod contractus ſit obligatio, quæ ex duorum conſenſu proficiſcatur, & quod hoc agant ambo contrahentes, ut alter alteri fiat obnoxius, & quod utriuſque conſenſus ad ineundum obligationis nexum concurrere debeat, licet uterque nexibus obligationis non adſtringatur. Nam & *Ulpianus in l. juris gentium. 7. §. 2. ff. de pact.* ſcribit etiam tunc συνάλλαγμα eſſe, cum alteruter contrahentium duntaxat obligatur; in verb. *contractum eſſe, quod Ariſto συνάλλαγμα dicit*, unde naſcitur obligatio: *Si tibi dedi, ut aliquid facias.* Sic mutuum recte contractus dicitur, licet debitor tantum obligatur. *d. l. certi. §. quoniam.* Idem de ſtipulatione dicendum. Quamvis enim is qui rogatur ac ſpondet, ſolus obligetur, tamen ſtipulatio nihilominus dicetur contractus; quia inter utrumque contrahentem hoc agitur, ut promiſſor ſtipulatori obligetur. *l. 1.* in fin. *ff. de pact. l. ſi donationis. 7. C. de his quæ vi metuſve cauſa geſta ſunt. §. ult. inſt. de obligat.* Hinc ſequitur, quod ſi ſtatuto fiat mentio contractus, puta ſi ſtatuto cautum ſit, ut ſi quis non petierit debitum intra x. annos, quod illud amplius petere non poſſit, tunc etiam comprehendi debitum ex contractu, ex quo alter contrahentium tantum obligetur, puta ex mutuo, donatione, vel ſtipulatione, cum hic proprie etiam contractus dicatur. *§. heres. 5. inſt. de obligat. quæ ex quaſi contr. naſc. l. 4. §. heres. 2. ff. de obligat. & action.* Ita pulchre & eleganter decidit *Tobias Nonius ad §. prius eſt. inſt. de oblig. num. 7.*

Secundo adverſatur huic definitioni, quod in contractibus innominatis, priuſquam cauſa ſubſit, id eſt, datio vel factum interveniat, nulla conſtituitur obligatio. *l. juris gentium. 7. §. 2. ff. de pact.* Poſtquam cauſa ſubeſt, & unus ex ſua parte implevit contractum, tunc alter ſolus obligatur. Reſp. Ex præcedenti reſponſione patet ſolutio ad hoc argumentum, quia hæc verba, *ultro citroque* hanc habent ſignificationem, quod in quolibet contractu neceſſe eſt hinc inde agi inter contrahentes, ut obligetur alter alteri. Itaque talis conventio ultro citroque facta recte contractus dicitur, ſive ex una parte tantum, ſive ex utraque producat obligationem. *l. 7. §. 2. ff. de pact. l. ſi in area. 33. ff. de condict. indeb.*

Ita

Ita pulchre tradunt *Guibert. lib. 1. quæſt. jur. c.* 8. *Baro ad l.* 1. *ff. de pact.* ubi eleganter ita notat: *Quod vulgo ajunt contractum non eſſe, niſi ubi ſit mutua obligatio, mihi non placet, nec unquam probatur.* Nam obligatio ultro citroque in conſentiendo ſemper conſiſtit, non ſemper in vinculo juris mutuo. *l.* 1. & 2. *ff. de obl. & act. d. l. Labeo. l. obligationum.* 3. *ff. de obl. & act.* in verb. *Obligationum ſubſtantia in eo conſiſtit, ut alium nobis obſtringat ad dandum aliquid vel faciendum. Fornerius* & *Godaus ad l. Labeo. ff. de V. S. Bello lib.* 2. *ſupput. jur. c.* 2. *Donell. ad l.* 1. *ff. de reb. cred. num.* 8. 9. 10. 11. & 12. *Cujac. in parat. ad tit. de obl. & act.* ubi contractum paulo aliter definit, videlicet, quod *ſit conventio qua proprium & legitimum nomen habet, vel qua nomine vacat, datione tamen, aut facto aliquo ſumſit effectum.* Quæ definitio omnibus contractuum ſpeciebus convenit tam nominatorum, quam innominatorum. Quæ definitio contractus a Cujacio tradita, tanquam omnium perfectiſſima amplectenda & retinenda eſt, cum Cujacius tanquam omnium JCtorum noſtri ævi ſolertiſſimus & ſubtiliſſimus ſummus ſit definiendi artifex, ita ut raro aut nunquam ejus definitiones infringi aut everti poſſint.

ASSERTIO LIV.

Etiam jure canonico reperiuntur aliqui contractus ſtricti juris.

JUre civili contractus ita dividuntur, quod alii ſint bonæ fidei, alii vero ſtricti juris. §. *actionum.* 28. *inſt. de action.* Contractus bonæ fidei ideo dicuntur, quia in iis magis exuberat bona fides, & ex æquo ac bono maxime in iis proceditur. *l. bona fides.* 31. *ff. depoſiti.* Stricti vero juris contractus ideo dicuntur, quia non venit in iis, niſi quod exigit natura contractus, & quod nominatim in conventionem deductum eſt. *l. quia tantundem.* 7. *ff. de neg. geſt. l. quidquid.* 99. *ff. de verb. oblig.* Hæc differentia contractuum non eſt ſublata jure canonico: nam & eo jure aliæ ſunt actiones bonæ fidei, in quibus ex æquo & bono maxime proceditur, aliæ vero ſunt ſtricti juris, in quibus ex ſummo jure eſt agendum. Probat hanc deciſionem *c. cum venerabilis. extr. de except.* ubi Pontifex argumentatur loquens de permutatione, dicendo quod eſt contractus bonæ fidei, quaſi ſentiat non omnes contractus eſſe bonæ fidei; alioquin ſpecialiter argumentum in illo contractu non concluderet, ſi id eſſet commune omnibus contractibus.

Sed pro contraria opinione, quod jure canonico omnes contractus ſint bonæ fidei, adducitur textus in *cap. cum dilecti.* 6. *extra. de donat.* Ibi cum textus de donatione, & quadam ejus interpretatione loquatur, inquit, latiſſime illam donationem eſſe interpretandam,

tandam, adjecta hac generali regula, *quia in contractibus plena, in teſtamentis plenior, in beneficiis pleniſſima ſit facienda interpretatio*; & tamen nullus contractus eſt ſtrictioris juris, quam donatio. *l. eum qui.* 22. *ff. de donat.* ubi dicitur, quod ex contractu donationis non debeantur uſuræ, quod proprium eſt in contractibus ſtricti juris. *l.* 1. *C. de cond. indeb. l.* 3. *C. de uſur.* Hinc probatur, quod contractus donationis, qui de jure civili eſt ſtricti juris, jure canonico ſit bonæ fidei, & latius ſit interpretandus, quam ultima voluntas ſit accipienda. Reſp. Prædictus canon loquitur de donatione facta eccleſiæ vel pio loco, quod favore religionis ſit in tali donatione facienda latiſſima interpretatio, ut in dubio videatur id promiſſum, quod eſt majus & utilius eccleſiæ. Unde licet donatio ſit natura ſtricti juris, tamen quando ſit eccleſiæ ſeu pio loco, latiſſime eſt interpretanda. Similem textum habemus in *l. Titia.* 38. §. *Seja.* 2. *ff. de aur. & arg. leg.* ubi cum teſtator quidam juſſiſſet ut in æde ſacra ab heredibus ſuis poneretur ſignum Dei ex centum libris, & quæreretur, an ex ære vel argento illud ſignum poni deberet, deciditur, quod ſi in illa æde ſolum eſſent ſigna ærea vel argentea, quod argenteum ponendum ſit. Hanc differentiam jure canonico etiam obſervari, quod aliæ actiones ſint bonæ fidei, aliæ vero ſtricti juris, defendunt *Sarmient. lib.* 3. *ſelect. interp. c.* 3. *Gomez. ad* §. *actionum. inſt. de act. Godæus de contr. ſtipul. c.* 8. *num.* 24. Diſſentit *Cagnol. ad l.* 2. *C. de reſcind. vend.*

Assertio LV.

Præſides provinciæ mutuam pecuniam dare, fœnuſve exercere prohibentur, mutuam tamen pecuniam fœnebrem licite ſumere poſſunt.

Deciſio hæc expreſſe traditur in *l. principalibus.* 33. & *l. ſeq.* §. 1. *ff. de rebus cred.* textus notabilis in *l.* 3. *C. ſi cert. pet.* Cujus hæc ſunt verba: *Eos qui officia adminiſtrant, neque per ſe, neque per ſuppoſitas perſonas, tempore officii ſui in provincia fœnus agitare poſſe, ſæpe reſcriptum eſt.* Ratio prioris deciſionis duplex eſt: prima eſt, ne præſides quæſtus ſtudio a cura provinciæ adminiſtrandæ avocentur. arg. *l. milites agrum.* 13. *ff. de re milit.* Altera ratio eſt, ne per concuſſionem ſeu impreſſionem vel metu poteſtatis, ſubditi adigantur commercium aliquod exercere, & ſic inviti res ſuas alienare cogantur. *l. penult. C. de his quæ vi metuſve cauſa geſta ſunt.* Ratio poſterioris deciſionis, qua permittitur præſidibus provinciarum mutuum ſub fœnore accipere, hæc eſt, ne ſubſidium inopiæ præſidibus auferatur, quod illis videretur eripi, ſi non poſſent ad ſublevandas ſuas neceſſitates mutuam pecuniam ſub uſuris accipere.

Ad-

Adverſatur graviter huic deciſioni *l. quiſquis.* 16. *C. ſi cert. pet.* ubi judices ſive magiſtratus prohibentur ſub pœna exilii mutuum accipere, quæ pœna tam illi irrogatur qui mutuum accepit, quam qui dedit. Reſp. Præſidibus provinciarum, aliiſque magiſtratibus mutuum accipere, item fœnori pecuniam ſumere non licet a litigantibus, ſeu ab iis inter quos judicant, ne litigantes prætextu mutui leges & judicia redimere tentent, neve juſtitiam quæ gratis adminiſtrari debet, pretio corrumpant. Ab aliis vero apud ſe non litigantibus poſſunt magiſtratus mutuam pecuniam, vel ſub fœnore tuto accipere, quia hoc caſu ceſſat ſuſpicio corrupti judicii. Præterea fieri poſſet, ut indigeat præſes provinciæ pecunia, quam niſi poterit fœnori accipere, quodammodo minuetur & labefactabitur ejus dignitas, & ſubſidium inopiæ ei auferetur. Ita reſpondent *Donell. ad l. præſidis.* 34. *ff. de reb. cred. Pacius ad l.* 3. *C. ſi cert. pet. num.* 9. & *cent.* 3. *enantioph. quæſt.* 76. Aliter reſpondet *Alicat. lib.* 4. *diſpunct. c.* 22. qui tradit eam legem procedere in ſpeciali caſu, quando ſcilicet quis præſidi vel magiſtratui ambienti honorem vel dignitatem, pecuniam mutuam dederit, quo facilius eum honorem conſequatur pecuniæ interventu. Unde eo caſu uterque & ipſe creditor mutuo dans, & præſes mutuum accipiens exilii pœna coërcetur.

Secundo videtur obſtare *d. l. præſidis.* 34. *ff. de reb. cred.* ubi officialibus & miniſtris præſidum permittitur mutuam pecuniam dare, & fœnus exercere. Si hoc licet miniſtris præſidum provinciæ, multo magis ipſis præſidibus licere debet. Reſp. Ideo licet præſidum & magiſtratuum officialibus mutuum dare & fœnus exercere, quia perpetui ſunt. Abſurdum enim & durum eſſet, ſi iis qui ſemper in officio manent, perpetuo interdicatur commercio mutui, ſine quo vita hominum conſiſtere non poteſt. Quod ſimiliter non iniquum viſum fuit in magiſtratibus Romanis; quia illi temporales erant & annui. Unde & hodie magiſtratibus noſtri temporis, ſi qui ſunt perpetui, cum ſubditis licet contrahere, mutuum dando, emendo, vendendo, aliiſque modis. arg. *auth. licentiam. C. de Epiſc. & cler. l. penult. C. de donat. inter vir. & ux.* Quod eatenus verum eſt, quatenus de illorum impreſſione & violenta extorſione ſeu terrore ſubditis injecto non apparet. *d. l. penult. C. de his quæ vi metuſve cauſa geſta ſunt. Zaſ. ad d. l. principalibus. ff. de reb. cred. num.* 15.

ASSER-

ASSERTIO LVI.

Minor ſine auctoritate curatoris jusjurandum deferre poteſt.

QUæritur, an pubes, curatorem habens, poſſit abſque eo jusjurandum deferre. Et plerique doctores tradunt, ſicut pupillum, ita nec puberem, ſi habeat curatorem, poſſe deferre jusjurandum. per *l.* 4. *C. de reb. cred.* Quod non eſt temere concedendum, cum illud nullo loco ſit proditum: quin potius in contrarium traditur in *l. nam poſteaquam.* 9. §. *ſi minor.* 4. *ff. de jurejur.* puberi qui detulit jusjurandum, neceſſariam eſſe reſtitutionem in integrum. Ergo jure detulit. *d.* §. *ſi minor.* Et ne qua reſideat dubitatio in ſpecie *d.* §. *ſi minor.* puberem curatorem habuiſſe, argumentum eſt, quod jusjurandem detulit in judicio, quod nullum foret ſine curatore. Valet ergo delatio jurisjurandi ſine curatore facta, quod confirmatur hoc modo. Jusjurandum vim ſolutionis obtinet, vel potius, cui ſolvi poteſt, is etiam juramentum deferre poteſt. *l.* 17. §. *penult.* & *l.* 21. & *l.* 27. *ff. de jurejur.* At puberi ſolvi poteſt ſine curatore. *l. ait prator.* 7. §. 1. *ff. de min.* Ergo pubes jusjurandum deferre poteſt ſine curatore, verum utroque caſu ei ſubvenitur reſtitutione in integrum, ſi captus ſit.

Primo adverſatur, quod minori non permittitur alienatio rerum ſuarum abſque auctoritate curatoris. *l.* 1. *ff. de minor.* Sed dicendum quod in ſolutione, quæ fit minori, nihil alienat aut amittit minor, ideo quod ſuum recipit, & accipienti fit acquiſitio quædam. Eadem eſt ratio jurisjurandi, quia ſolutionis loco cedit factæ minori. *l.* 27. *ff. de jurejur.* Si tamen nummi ſalvi non fuerint, minor reſtitui poterit in integrum. *l. ait prator.* 7. *ff. de minor.*

Tertio obſtat *l.* 3. *C. de integ. reſt. min.* 25 *ann.* ubi traditur, ſi minor curatorem habeat, & bona ſua ſine auctoritate ejus vendat, contractum ipſo jure non valere. Reſpond. Illa lex de venditione impleta & perfecta loquitur, quod ſcilicet ſi minor habens curatorem res ſuas vendidit & tradidit ſine curatoris auctoritate & conſenſu, ipſo jure non valeat venditio & alienatio, quia minor bona ſua ſine curatore alienare non poteſt. Cæterum minor habens curatorem, perſonam ſuam ſine curatore obligare poteſt, dummodo non ſequatur alienatio bonorum. *l. puberis.* 101. *ff. de V.O.* Summa hæc eſt, quod minor etiam curatorem habens perſonæ ſuæ reſpectu ſe obligare poteſt, ſine auctoritate curatoris. Unde & matrimonium recte contrahere poteſt ſine auctoritate curatoris. *l. in copulandis.* 8. *C. de nupt. l. ſciendum.* 20. *ff. de rit. nupt* Item ſolvi ei poteſt, & jusjurandum deferri ſine curatore poteſt, ſed bona ſua adminiſtrare aut alienare ſine curatore ſuo non poteſt.

Tertio objicitur, quod prohibita alienatione bonorum minori, cenſentur ea quoque prohibita, per quæ pervenitur ad alienationem. Atqui vero ex minoris obligatione valida pervenitur ad alienationem bonorum, ſi is qui rite obligatus eſt, nolit ſolvere. *l.* 5. §. *ſi pupillus ſtipulanti.* 5. *ff. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cura ſunt. &c.* Reſp. Ea alienatio minus periculoſa eſt, quæ non niſi per judicem & cauſa cognita fieri poteſt, & conſequenter ita demum ſi appareat juſtam obligandi minores cauſam fuiſſe, nec adverſus eam obligationem reſtitutio in integrum ex juſta cauſa poſtuletur. Ita notat *Cujac. ad l.* 4. *C. de reb. cred.* & *d. l. puberes.* & *lib. obſ.* 19. *c.* 33. A quo Diſſentiunt *Duaren. ad tit. de jurejur. c.* 10. & *Donell. c.* 4. *Godæu: in tract. de contr. ſtip. c.* 7. *concl.* 14. & *ad l. Princeps.* 21. *ff. de V. S.*

ASSERTIO LVII.

Fidejuſſoris jusjurandum reo prodeſt.

PRobatur hæc deciſio in *l. in duobus.* 28. §. 1. *ff. de jurejur.* & in *l. ult.* §. *ſi fidejuſſor.* 1. *ff. eod.* ubi expreſſe traditur, quod juramentum a fidejuſſore exactum, etiam reo ſeu principali debitori proficiat, hac addita ratione, *quia jusjurandum in locum ſolutionis cedit.*

Sed objicitur *l. fidejuſſoris.* 23. *ff. de pact.* ubi dicitur, quod fidejuſſoris pactum reo non proſit. Reſp. Jurisjurandi major vis & poteſtas eſt quam pacti, quia jusjurandum habetur loco ſolutionis. *l. jusjurandum.* 27. *ff. de jurejur.* Itaque quando fidejuſſor jurat ſe dare non oportere, quaſi ſolviſſet, prodeſt hoc jusjurandum reo principali, acſi revera ſolviſſet fidejuſſor. Quod & in acceptilatione receptum eſt: nam hæc duo, jurisjurandi præſtatio & acceptilatio vim & effectum ſolutionis habent. *l. & per jusjurandum.* 13. *ff. de acceptilat.* Sed pactum fidejuſſoris reo non prodeſt, quia nullam ponit ſolutionem interveniſſe, imo pacto de non petendo interpoſito, fatetur quis ſe debere; quod cum creditor illi tantum remittit, non debet iſta liberalitas aliis prodeſſe. Sed quæritur, an, cum juramentum fidejuſſoris proſit reo, etiam fidejuſſor jurans habeat regreſſum in reum. Et verius eſt, eum non habere regreſſum, quia ad regreſſum vera ſolutio eſt neceſſaria; nam fidejuſſor contra reum reverti non poteſt, niſi probet veram ſolutionem. Ita decidunt *Accurſ. Bart. Jaſon,* & *Coſtal. ad d. l. in duobus.* 28. §. 1. *ff. de jurejur.* per textum in *l. ſi vero remunerandi.* 12. in princ. *ff. mandati.* Nec obſtat, quod juramentum ſuccedat in locum ſolutionis; hoc enim verum eſt, quoad creditorem & debitorem jurantem, non autem quoad alios. Vide *Cujac.* de hac quæſtione *lib. obſerv.* 22. *c.* 7.

ASSER-

ASSERTIO LVIII.

Homo Chriſtianus bona conſcientia juramentum præſtare poteſt.

JUsjurandum eſt invocatio nominis divini, qua petimus, ut Deus ſit teſtis noſtræ aſſeverationis, & puniat fallentes. Porro quoties jusjurandum adhibetur ad confirmationem veritatis, licite & legitime a Chriſtiano præſtari poteſt. Omne enim jusjurandum quod ad ſtabiliendam veritatem tendit, quodque vel gloriæ Dei promovendæ, vel proximorum ſaluti adjuvandæ ſervit, a Deo eſt approbatum, ideoque omnino ſervandum. Probatur hoc auctoritate ſacræ Scriptnræ. Primo quia legitimum jusjurandum verbo Dei ſancitur & jubetur. Sic enim *Deuteron. 6. verſ.* 13. ſcriptum extat: *Dominum Deum timebis, & illum coles, jurabiſque per nomen ejus*, & *Deuteron.* 10. *verſ.* 20. *Dominum Deum tuum time, & ei ſervi, adhære ei, & jura per nomen ejus.* Huc pertinet, quod propheta David *Pſalm.* 15. *verſ.* 1. & ſeqq. inter notas & indicia pii viri refert, ſi quis firmiter & inviolate juramentum cuſtodiat, dum inquit: *Quis habitabit, Domine, in tabernaculo tuo? aut quis requieſcet in monte ſancto tuo? Qui jurat proximo ſuo, & non decipit.* Idem comprobatur *Pſalmo* 63. *verſ.* 12. dum ait Propheta: *Rex autem lætabitur in Deo, & gloriabitur quiſquis jurat per eum.* Ubi inter cultores Dei cenſentur, qui jurant per nomen ejus. Idem confirmat Apoſtolus *Paulus ad Hebræos. cap.* 6. hiſce verbis: *Omnis controverſiæ finis eſt jusjurandum, ad confirmationem veritatis adhibitum.* Secundo hæc deciſio inde comprobatur, quia a ſanctis in Veteri & Novo Teſtamento jusjurandum recte eſt adhibitum & uſurpatum. Sic *Geneſ.* 12. *verſ.* 24. habetur: *Dixitque Abraham Regi Abimelecho. Ego jurabo.* Item *Joſ.* 9. *verſ.* 15. *Joſue pacem feriit cum hoſtibus, & principes cœtus juraverunt eis.* Adhæc. 1. *Samuel.* 24. *verſ.* 22. *Juravit David Sauli, quod non exſcindet ſemen ejus, neque delebit nomen ejus de domo patris ſui.* Denique in Novo Teſtamento, Apoſtolus Paulus jurat, *Rom.* 1. *verſ.* 9. hac forma: *Teſtis eſt mihi Deus, cui ſervio ſpiritu meo in Evangelio Filii ipſius, quod indeſinenter meminerim veſtri.* Item *Galat.* 1. *verſ.* 20. *In iis quæ ſcribo vobis, ecce coram Deo non mentior.* quæ etiam eſt jurisjurandi formula.

Contra hanc ſententiam inſurgunt Anabaptiſtæ, & aſſerunt juramenta Chriſtianis omnino eſſe interdicta; & hoc modo turbant vincula politici ordinis. Idque probare conantur ex *Matth. cap.* 5. *verſ.* 34. & 35. ubi ita habetur: *Ego vero dico vobis, ne juretis omnino, neque per cœlum; quia thronus Dei eſt; neque per terram, quia ſcabellum pedum ejus eſt. Eſto autem ſermo veſter, etiam etiam, non non: quod vero ſupra hæc redundat, a malo eſt.* Idem affirmatur

Jacobi 5. *verſ.* 12. hiſce verbis: *fratres mei neque jurate per cœlum, neque per terram, neque aliud ullum jusjurandum: Sit autem verbum veſtrum, eſt eſt; & non non, ne in condemnationem incidatis.* Reſp. His teſtimoniis non omnia, ſed temeraria, frivola, & non neceſſaria juramenta prohibentur. Hoc declaratur aperte ex ſcopo Chriſti, qui veram legis ſententiam de juramentis a corruptelis Phariſæorum vindicans, non tantum perjuria, ſed & levia ac temeraria juramenta, in quibus vel directo vel indirecto nomen Dei ſub appellatione creaturarum exprimitur, arguit & condemnat. Nam Phariſæi obliqua ſua juramenta eo prætextu excuſabant, quia licet temere per cœlum & terram jurarent, & fidem fallerent, tamen aſſerebant ſe perjuros non fieri, quia nomen Dei in juramento non expreſſerant. At Chriſtus oſtendit etiam tunc jurari per nomen Dei, cum cœlum & terra nominantur, quia nulla eſt pars mundi vel creatura, cui non Deus inſculpſerit gloriæ ſuæ notam. Deus enim non verba, ſed mentem & ſententiam conſiderat, ſicut ipſe Chriſtus *Matth.* 23. de hiſce temerariis jurisjurandi formulis. *verſ.* 16. 17. 18. & ſequentibus diſerte & luculenter teſtatur. Eadem eſt Apoſtoli Jacobi ſententia.

Sed contra ſolutionem inſtatur. Atqui Chriſtus inquit: *Ne juretis omnino.* Ergo omnia juramenta Chriſtianis ſunt interdicta. Reſp. Fallacia eſt compoſitionis & diviſionis. Particula enim univerſalis *omnino*, non ad verbum *juretis*, ſed ad temerarias jurandi formulas eſt referenda: quaſi diceret Chriſtus, omnino non jurate neque per cœlum, neque per terram, vel aliis obliquis & indirectis modis, quibus Dei majeſtas non minus læditur, quam directis modis jurandi, dummodo ſupervacua, in vanum, & temere juretur. Chriſtus ergo futilia, ſupervacanea & temeraria tantum juramenta damnat, quæ juſtæ neceſſitati non ſerviunt, neque ad proximi ſalutem vel Dei gloriam pertinent. Alioqui juramenta, quæ illuſtrant gloriam Dei, vel ad propriam aut proximi ſalutem conſervandam pertinent, ſi ſancte, reverenter & ſobrie ad veritatis confirmationem adhibeantur, licita & omnino humanæ ſocietati ad finiendas lites & controverſias utilia ſunt & neceſſaria, quia hoc modo Chriſtus & Apoſtoli ejus ſæpe jurarunt. Hoc etiam licet ab ethnico, tamen gravi ſcriptore, ſcilicet *Iſocrate in orat. ad Demonic.* comprobatur, ubi inquit: *Jusjurandum ſi poſtulabitur, duabus de cauſis dabis, vel ut te turpi crimine liberes, vel ut amicos e periculis eripias.*

Tertio ex jure civili adfertur argumentum in contrarium, ex *l. quæ ſub conditione.* 8. *ff. de cond. inſt.* ubi traditur, quod ſi alicui ſub conditione jurisjurandi legatum vel fideicommiſſum relinquitur, ſi videlicet juret ſe aliqiud daturum vel facturum, quod juramenti conditio ei remittatur a prætore. Reſp. Ideo prætor remittit conditionem jurisjurandi in eo caſu, quia jurari nullius intereſt, dum-

modo

modo is, qui jurare juſſus eſt, voluntati teſtatoris pareat, & abſque jurejurando exequatur vel faciat illud, quod teſtator jurejurando præſtito dari vel fieri voluit.

ASSERTIO LIX.

Juramenta per vim & metum extorta, etiam a majoribus 25 annis nullius ſunt momenti.

SAcramenta per vim extorta a prædone, nullius ſunt momenti, nec etiam verbo Dei neceſſe eſt ea ſervare. Hoc imprimis nominatim conſtituit Imper. Fridericus in *auth. ſacramenta puberum. C. ſi adverſus vend.* Idem jure canonico confirmatur in *c. cum contingat.* 28. *in fin. extr. de jurejur.* ubi traditur, juramenta vi & dolo præſtita non eſſe ſervanda. Eandem ſententiam manifeſte confirmat *c. abbas. de his qua vi met. cauſ. fiunt.* ubi dicitur, quod *renunciatio beneficii per metum facta ipſo jure non valet, etiam accedente juramento.* Confirmatur hæc quoque aſſertio clariſſime per *c. requiſivit.* 17. *extr. de ſponſal.* ubi ſtatuitur, matrimonium metu contractum ipſo jure non valere, etiam interpoſito juramento. Denique evidenter hæc deciſio comprobatur per *l. ſi mulier.* 21. §. *ſi dos.* 3. *ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* ubi traditur quod dotis promiſſio per metum extorta ipſo jure non valet. Facit huc teſtimonium a *Cicerone in officiis libro.* 3. proditum videlicet, *non teneri eum perjurio, qui pretium prædonibus pro capite pactum non attulerit, ne ſi juratus quidem id non fecerit*, adducto illo verſu Euripidis: ἡ γλῶσσ' ὀμώμοχ', ἡ δὲ φρὴν ἀνώμοτος, id eſt, *lingua juravi, mentem injuratam gero.*

Sed adverſam partem defendunt doctiſſimi JCti pariter & Theologi, qui volunt omne jusjurandum etiam per vim a prædone & latrone extortum, eſſe ſervandum, ſi de re privata & jure proprio jurantis agatur. Quæ ſententia & notis ſacræ Scripturæ locis defenditur, & manifeſta ratione ſtabilitur. Primo pro iſta deciſione confirmanda facit generale præceptum Decalogi, quo prohibemur nomen Domini temere & in vanum fruſtraque uſurpare. Deinde aperte eandem ſententiam comprobat. *Pſal.* 15. ubi inter notas, quibus viri boni deſignantur ex verbo Dei, hæc una recenſetur, quod quis jurat proximo ſuo, & non mutat juramentum etiam cum damno ſuo. Præterea hæc firmiſſima ratio pro contraria ſententia adfertur. Omne juramentum licitum, quod ſine peccato ſervari poteſt, eſt ſervandum. *c. cum contingat. in fin. extr. de jurejur.* Atqui qui prædoni etiam metu coactus jurat, hic jurato promittit de re ſua, & de quo per leges paciſci licet, neque obſervatio hujus promiſſi habet quid turpe & cum delicto conjunctum, quia licet unicuique & ſine jurejurando de re ſua pro ar-

arbitrio ſtatuere. Unde colligitur hoc genus jurisjurandi eſſe ſervandum.

Hiſce argumentis & objectionibus reſpondetur, quod loca illa ſacræ Scripturæ, quibus traditur, nomen Dei non eſſe uſurpandum temere, item virum bonum id quod juraverit, non debere mutare, cum hac exceptione ſunt accipienda, dummodo jusjurandum ſit licitum, aut dummodo id quod promittitur, non ſit turpe & contra bonos mores, quo ſcilicet præſtito Deum magis offendas, & nomen vel præceptum ejus violes. Juramentum enim contra bonos mores præſtitum non eſt obligatorum. *c. non eſt. de R. J. in 6.* Item jusjurandum non debet eſſe vinculum iniquitatis. *c. quanto. extr. de jurejur.* Atqui ut quis cogatur præſtare latroni, quod per vim vel metum extortum eſt, hoc turpe eſt, & contra bonos mores, ideoque jusjurandum tale jurantem non obligat. Quod autem turpe ſit, comprobatur hiſce duabus rationibus. Primo quia qui latroni dat promiſſum vi extortum, facto ſuo vim & metum, nec non latrocinia & rapinas comprobat: hoc autem facere eſt contra bonos mores. *l. nihil conſenſui.* 116. *ff. de R. J.* Deinde inhoneſtum eſt, latroni aliquid tanquam latroni dare. Nam prædo propter vim publice male meritus, dignus eſt qui egeſtate publice laboret, non qui lucrum ex improbitate ſua faciat. *l. bona fides.* 31. *ff. depoſ.* ubi dicitur, quod *male meritus publice*, veluti prædo, vel capitalis judicii reus, *ut aliis exemplo ad deterrenda maleficia ſit, etiam egeſtate laborare debet.* Vera itaque & firma manet hæc ſententia, etiam ſuffragante verbo Dei: *Sacramenta per vim & juſtum metum extorta etiam a majoribus nullius eſſe momenti.* Ita eleganter decidunt *Donell. lib.* 20. *comm. c.* 13. *Pacius ad l.* 2. *C. de reb. cred. num.* 13. & *cent.* 3. ἐναντιοφ. *quæſt.* 20. Diſſentiunt *Petrus Martyr, claſſ.* 2. *locor. commun. c.* 13. *in quæſt. An fides latronibus data ſit ſervanda. Danæus in ethica Chriſtiana. Duaren. in methodica tractatione de jurejur. c. ult.* qui omnes tradunt juramentum a prædone per vim extortum eſſe ſervandum. *Fachin. lib.* 8. *controv. jur. c. ult.* rem hac diſtinctione componit, quod juramentum vi metuve extortum obliget quidem in foro conſcientiæ, ſed non in foro externo, ita ut propter hanc promiſſionem vi extortam apud magiſtratam conveniri promiſſor poſſit.

Assertio LX.

Promiſſio per fidem Chriſtianam facta, jurejurando æquiparatur.

Anceps & dubia eſt quæſtio, an promiſſio ſub fide facta, ut puta, *ſi quis promiſerit ſub fide ſua, ſe aliquid daturum vel facturum*, æquiparetur juramento. Et ſtatuendum videtur fidei inter-

terpoſitionem juramento æquipollere, quia paſſim in jure hæc duo æquiparantur, & a pari procedunt, juramentum ſcilicet corporale, & fidei præſtatio, ſeu promiſſio ſub fide facta. textus ſunt in *c.ad aures.3.extr.de his quæ vi met.cauſ.fiunt.* in verbis, *niſi forte juramento vel fide interpoſita.c.pervenit.3.extr.de jurejur.* in verbis. *ſi promiſſum tuum juramento, vel fidei obligatione interpoſita conditione firmaſſes.* Idem probatur in *c.pervenit.1.in fin.extr.de fidejuſſ.* in verbis, *ſi fidei religionem & juramentum eos violaſſe non conſtiterit.* ubi eadem ſunt & æqui pollentia, *venire contra fidem promiſſam*, & *contra juramentum.* Huc accedit, quod Deus inter ſimplicem loquelam ſeu ſermonem nudum, & juramentum non facit differentiam. *c.juramenti.22.quæſt.5.*

Sed opponitur *l.qui per ſalutem.33.ff.de jurejur.* ubi, ſi quis juret per fidem ac ſalutem ſuam, non habetur pro eo, ac ſi per Deum juraſſet. Reſp. Obſervanda hic eſt & ſequenda diſtinctio *Alciati* tradita *in l.ſi quis major.41.* in verb. *invocato.C.de tranſact.* Aut quis promiſit *per fidem Chriſtianam*, aut ſimpliciter *per fidem ſuam.* Priori caſu accipitur pro vero & legitimo juramento, habentque in tali formula promiſſionis, contra eum qui fidem datam violavit, omnes pœnæ perjurii locum. *d.l.ſi quis major.* in fin. *C.de tranſact. c.querelam.4.extr.ne prælati vices ſuas.&c.* Poſteriori vero caſu, quoad promiſſionis obſervantiam cenſetur quidem juraſſe, ita ut hoc reſpectu paris ſit efficaciæ ſub bona fide facta promiſſio, cum juramento revera præſtito; quoad pœnam vero differunt, quæ non perinde incurritur fractione fidei atque juramenti. Gravius namque & durius punitur violator juramenti, quam ſimplicis fidei & promiſſionis. *gl. in l. penult.* in verb. *quod promiſit.C.de jurejurando.* In pœnalibus enim, ut puta in pœna perjurii, fieri debet reſtrictio. *c. odia. d. R. J. in 6.* Approbat hanc diſtinctionem *Fachin.lib.1. controv. jur. c. 12.* Sane notiſſima conſuetudine Germaniæ receptum eſt, quod, quando Principes, illuſtres, vel nobiles perſonæ aliquid promittunt ſub principali vel notabiltatis fide, *bey ihren Furſtlichen oder adelichen ehren und trawen, oder gutten glauben*, quod hoc in omnibus vim jurisjurandi obtineat. Ita in Camera Imperii judicatum eſſe notant *Minſ. cent. 1. obſervat. 17. Gail lib. 2. obſ. c.59.*

ASSERTIO LXI.

Actori in infinitum jurare licet, quando juramentum in litem præſtat.

QUoties defertur actori jusjurandum in litem, quod fit cum agit ad reſtitutionem vel exhibitionem rei ſuæ, actione in rem vel in perſonam, & dolo vel contumacia adverſarii res ei

 non

non reſtituitur, tunc actor jurejurando in litem, rem de qua agitur æſtimat pro ſuo arbitrio, ſine ulla taxatione judicis. unde & hoc vocatur juramentum affectionis. textus ſunt in *l.* 2. §. 1. *l.* 5. §. 3. & *l.* 8. *ff. de in litem jur.* eo quod actor jurat tanti ſe rem in judicium deductum æſtimare, quanti ſua in eam rem illi dictabit affectio. Itaque quoties per jusjurandum in litem res æſtimatur, tunc quantitas intra quam juratur, non taxatur a lege, ſed in infinitum jurari poteſt. *l. qui reſtituere.* 68. *ff. de rei vind.*

Sed adverſatur huic deciſioni *l.* 4. §. *jurare.* 2. & *l.* 5. §. 1. *ff. de in lit. jur.* item *l.* 3. §. *præterea.* 2. *ff. ad exhib.* ubi traditur, quod *judex poteſt modum jurijurando adjicere, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occaſione in immenſum juretur.* Reſp. dupliciter. Primo quod quantitas intra quam juratur, non taxatur a lege, ſed taxatio committitur arbitrio judicis, qui definit quantitatem, intra quam jurare liceat. Secundo dicendum, quod actori quidem in infinitum jurare liceat, quanti rem ſuam æſtimet, hoc eſt, nullus certus modus æſtimationis in ea re a lege præſcriptus & taxatus eſt. *d. l. qui reſtituere.* Illud enim dicitur in jure infinitum, quod Græce *ἀόριστον* appellatur, quod certo tempore & modo non eſt finitum. *l. ult. C. de SS. Eccleſ.* Attamen in immenſum, hoc eſt, ultra probabilem & æquum modum non licet jurare. Immenſum enim eſt, quod modum nimis excedit, & in quo nimium actor affectui indulget; utpote ſi quis rem viginti tantum dignam, mille aureis æſtimet. Itaque ſi in immenſum juretur, tunc pro arbitrio ſuo judex taxationem jurijurando præſcribet, & certam ſummam præfiniet, ad quam actor jurabit. Approbat & ſequitur *Faber de error. pragmat. decade* 18. *error.* 9.

Secundo objicitur *l.* 4. §. *item videndum.* 3. *ff. de in lit. jur.* ubi traditur, quod judex poteſt eum contra quem juratum fuit, abſolvere, vel minoris condemnare, quam adverſarius dato jurejurando rem æſtimaverit.

Cui legi iterum obſtat *auth. poſt jusjurandum. C. de judic.* ubi ſancitur, quod *poſt jusjurandum præſitum non licet judici amplius taxare, ſed neceſſe habet judex ſecundum quantitatem, qua juratum fuit, condemnare.* Diſtinguendum eſt inter juramentum affectionis, & juramentum veritatis. Quando præſtatur juramentum veritatis, ut quando actor jurat ſe tot expenſas in lite feciſſe, huic jurijurando oportet ſtare, nec poteſt illud retractari, ne perjurii arguatur is qui juravit. *l. quod ſi deferente.* 21. *ff. de dolo. l. adverſus.* 15. *ff. de except. præſcript. & præjudic.* de quo juramento loquitur *d. auth. poſt jusjurandum.* Quoties vero præſtatur jusjurandum affectionis, ut in jurejurando in litem accidit, hoc retractari poteſt; quia tunc non arguitur perjurii is qui juravit, ſed immodicæ affectioni quam habuit erga rem, de qua juravit, a judice moderatio adhibetur.

Tertio

Tertio objicitur *l. unic. C. de ſent. quæ pro eo quod intereſt. &c.* qua cavetur, non licere actori in æſtimando id quod intereſt, excedere duplum rei in obligationem aut petitionem deductæ. Reſp. Hoc jusjurandum in litem non de eo quod intereſt actoris, præſtatur, ſed definit quanti actor rem æſtimat pro arbitrio & affectu ſuo: quæ res inter ſe ut contrariæ opponuntur. *l. tutor.* 8. *ff. de in lit. jur. l. non a judice*, 64. *ff. de judic.* Præterea in hoc jurejurando contumacia non reſtituentis punitur tanquam delictum. Sed *l. unic. C. de ſent. quæ pro eo quod intereſt. &c.* ad caſus incertos, in quibus verſatur delictum, non pertinet.

Assertio LXII.

Filiusfam. SC. Macedoniano renuntiare non poteſt contra Zasium.

Cautum eſt SC. Macedoniano, ne creditoribus liceret filiisfam. mutuas pecunias dare; ita ut ſi quis filio in patria poteſtate conſtituto mutuas pecunias dederit, ei neque in patrem, neque in filium etiam patris poteſtate liberatum ulla competat actio. Huic SC. cauſam dedit improbus fœnerator Macedo, qui flagitioſe adoleſcentibus filiisfamil. pecuniam ad quemvis luxum incertis nominibus credebat, ſic ut tandem filii ære alieno obruti, in quodvis flagitium, ac mortis etiam paternæ cogitationem impellerentur, quod ipſi egentes & creditorum improbo fœnore exhauſti, hereditatem paternam creditoribus in ſolutum cedere poſſent. §. *penult. inſt. quod cum eo qui in aliena poteſt. &c.* Cui malo ſalubre remedium inventum eſt SC. Macedoniano, denegata creditoribus mutui actione ſeu exactione. *l. 1. ff. de SC. Maced.* Melius enim eſt juveniles calores coarctari, ne libidini dediti triſtem ſortiantur exitum, qui eos poſt diffuſum expectat patrimonium. *l. cum non ſolum.* 8. §. 5. *verſ. filiis autem familias. C. de bon. quæ liber. &c.* Diſputatur autem acriter a DD. utrum huic SCto filiusfam renuntiare poſſit. Et non poſſe eum renunciando beneficium hujus SC. amittere, communi DD. calculo receptum eſt. Ita notant *gl.* & *Bart. ad l. tametſi. ff. de SC. Maced.* quos fere reliqui DD. catervatim ſequuntur. Confirmatur hæc deciſio duobus fortiſſimis argumentis & textibus. Primo probat hanc ſententiam, quod hoc SCtum reſpiciat utilitatem publicam, ne videlicet filiorem mores, pecunia mutua ſupra probibalem modum illis credita, & ita luxuriæ cauſa ſubminiſtrata, peſſimo exemplo corrumperentur. *l. 1. ff. de SC. Maced.* Ideoque privatorum pactis, huic juri utilitatis publicæ cauſa ſtatuto & introducto renuntiari non poteſt. *l. juriſgentium.* 7. §. *ſi paciſcar.* 14. *ff. de pact.* Secundo ſtabilitur hæc concluſio per *l. tametſi.*

11. *ff. de SC. Maced.* ubi traditur, filiumfam. poſſe opponere hanc exceptionem poſt ſententiam. Itaque cum omnes exceptiones debeant regulariter opponi ante ſententiam, & allegatio hujus exceptionis admittatur nihilominus poſt ſententiam, cum jam tempus proponendis exceptionibus præfinitum, elapſum ſit, hinc conſequitur filiumfam. non poſſe tacite exceptioni SC. Macedonian. renuntiare, dum ſciens paſſus eſt tempora proponendæ hujus exceptionis elabi & effluere. Ergo nec expreſſe filiusfam. renuntiare poterit huic SC. quia taciti & expreſſi eadem eſt virtus. *l. 3. ff. de reb. cred.* Hæc ſententia, quod filiusfam. beneficio SC. Macedoniani renuntiare non poſſit, communiter eſt a DD. recepta, ut atteſtantur *Gomez. tomo 2. variar. reſolut. c. 6. num. 2. Fachin. lib. 2. controv. jur. c. 61.* A qua tamen diſcedit *Zaſius lib. 2. ſing. reſp. c.* 18. Tria ejus argumenta præcipia ſunt hæc. Primum eſt: Pares ſunt exceptiones SC. Vellejani & Macedoniani. Sed mulier renuntiare poteſt SC. Vellejano. *l. ult. §. penult. ff. ad SC. Vellejan.* Ergo & filiusfam. Macedoniano SC. renuntiare poteſt. Reſp. Diſſimilia hæc ſunt: nam SC. Vellejanum introductum eſt in favorem mulierum intercedentium. Atqui quilibet poteſt favori pro ſe introducto renuntiare. *l. penult. C. de pact.* SC. Macedonianum ſancitum eſt, ut proſpiciatur bonis moribus juvenum, ne videlicet illi creditorum fraudibus & inſidiis corrumpantur, dum illis ad turpem luxum pecunias ſubminiſtrant. Itaque cun hoc SCtum commodo publico conſulat, nequaquam illi pacto ſeu renuntiatione filiifam. derogare poſſunt. Huc accedit, quod SCto Vellejano nuda cauſa bonorum contineatur. Macedoniano vero SC. ſcelerum cauſæ, mali mores, peſſima exempla, fœdæ bonorum dilapidationes, parricidii metus, & alia id genus atrocia delicta præcaventur. Sæpe enim hac occaſione uſuvenire videmus, ut obrutus ære alieno, & deliciis, compotationibus, ſcortationibuſque aſſuetus, & flagitioſam vitam degens filius ante diem patrios inquirat in annos. Quod & comprobat Imp. *Juſtinianus in §. penult. inſt. quod cum eo qui in alien. poteſt. &c.* ubi ita dicit: *Quæ ideo ſenatus proſpexit, quia ſæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum filiifam. quas in luxuriam conſumebant, vitæ parentum inſidiabantur.*

Secundum argumentum hoc eſt. Filiusfam. in foro conſcientiæ, (ut vocant) peccat mortaliter, ſi mutuum non reſtituat. Ergo renuntiare poteſt exceptioni, quam habet ex SCto. Macedoniano. Ita tradit *Innoc. in cap. quia plerique. extr. de immunitate eccleſiæ.* Reſp. Aut filius ob juſtam & probabilem caſam mutuum accepit, & in neceſſarias utileſque cauſas pecuniam mutuam expendit, & hoc caſu bona conſcientia hac exceptione uti non poteſt, liciteque illi renuntiat. textus ſunt notabiles in *l. in pupillo. 47. §. fin. ff. de ſolut. l. Macedoniani. 5. C. ad SC. Maced.* Aut ob nullam juſtam cauſam filius

lius mutuum accepit, ſed in vanos, ſuperfluos & inutiles uſus pecuniam expendit, & hoc caſu bona conſcientia hac exceptione uti poteſt, illique fruſtra & inutiliter renunciat. Ita decidunt *Panorm. in d. c. quia plerique. extr. de immun. eccleſ. Emanuel a Zoarez. in addit. ad Gomez. tom. 2. c. 6.*

Tertium argumentum a Zaſio tale adfertur. Odioſa eſt exceptio SC. Macedoniani. & in odium creditorum filiofam. fœnerantium introducta. *l. qui exceptionem. 40. ff. de cond. indeb.* Ergo ei renuntiari poteſt; quia odia reſtringi & coarctari debent. *c. odia. de R. J. in 6.* Reſp. negando conſequentiam, quia ſi renuntiari poſſet huic SC. inanis eſſet proviſio legis. & filiorumfam. nequitiæ & corruptioni magna feneſtra aperiretur, & occaſio delictorum inde naſceretur, unde juſtitia & æquitas expectari deberet, quod præcavere in animum induxerunt legiſlatores. Unde *quod recta via fieri prohibetur, id non debet indirecte & per obliquum admitti. c. cum quid una. de R. J. in 6.*

ASSERTIO LXIII.

Sequeſtratio regulariter jure prohibita eſt.

CONfirmatur hæc aſſertio per *l. unic. C. de probib. ſequeſt. pecun.* cujus hæc ſunt verba: *Quoties ex quolibet contractu pecunia poſtulatur, ſequeſtrationis neceſſitas conquieſcat. Oportet enim primo debitorem convinci, & ſic deinde ad ſolutionem pulſari.* Qua lege cavetur, ne pecunia, quæ aliqua conditione ſeu actione perſonali petitur, ſequeſtro deponatur. Ut puta ſi petam abs te pecuniam ex mutuo, vendito, vel ſtipulatione, non poſſum te cogere, ut pendente lite deponas eam pecuniam apud judicem. Ratio duplex eſt, quia primo convincere oportet debitorem, tum cogitur ſolvere. *l. negantes. 9. C. de obligat. & action.* Interim non eſt permittenda ſequeſtratio, quia ab executione non eſt inchoandum judicium. *l. 1. C. de execut. rei jud.* Altera ratio eſt, quia pendente lite commodo ſuæ poſſeſſionis nemo privandus eſt. *c. 1. extr. ut lit. pend. nih. innov. l. ult. C. de rei vind.* Eſt autem ſequeſtratio, depoſitum, quo a pluribus in ſolidum alicui res litigioſa vel ex partium conſenſu, vel officio judicis cuſtodienda committitur, ea lege, ut victori ea res reddatur, *l. proprie. 6. l. licet. 17. ff. depoſ. l. ſequeſter. 110. ff. de V. S.* Porro regulariter, ut dixi, ſequeſtratio prohibita eſt, quia poſſeſſor pendente lite non debet a ſua poſſeſſione removeri. *c. 2. extr. de ſequeſt. poſſeſſ.*

Opponitur primo *l. ſi fidejuſſor. 7. §. ult. ff. qui ſatiſd. cog. &c.* ubi traditur, quod ſi petatur res mobilis, & perſona ſuſpecta ſit, tunc apud prætorem deponi & ſequeſtrari debet. Reſp. Eo demum caſu admittitur ſequeſtratio, ſi petatur res mobilis, & poſſeſſoris

fides

fides ſuſpecta ſit de fuga vel dilapidatione, & non ſatiſdet judicio ſiſti, vel judicatum ſolvi; tunc enim res pendente lite ſequeſtratur. *d. l.* 7. §. *ult.*

Secundo objicitur *l. Imperatores.* 21. §. *ult. ff. de appellat.* ubi deciditur, quod fructus qui ab adverſario diripiuntur, pendente appellatione ſequeſtro ponendi ſunt. Reſp. Quoties a ſententia appellatum eſt, tunc ſi poſſeſſor condemnatus appellavit, fructus agri ſequeſtrantur, poſſeſſione apud appellantem remanente. *l. ab executione.* 5. *C. quor. app. non recip.* Si vero petitor condemnatus appellavit, fructus non ſequeſtrantur, niſi depopulentur ab adverſario. *d. l. Imperatores.* §. *ult. ff. de appel. Cujac. lib.* 5. *ſent. Paul. c. penult.*

Tertio opponitur *l. ſi cum dotem.* 22. §. *ſin autem.* 8. verſ. *ſin vero. ff. ſolut. matr.* & *l. in rebus.* 30. in fin. *C. de jure dot.* ubi ſequeſtratur dos, ſi maritus diſſipet dotem, & vergat ad inopiam. Reſp. Tunc demum dos ſequeſtratur conſtante matrimonio, quæ conſtat rebus mobilibus, vel fructus prædiorum dotalium, ſi maritus eos diſſipet, & incipiat labi facultatibus, ad hoc ut mulier ex ea dote habeat competens ſolatium una cum ſua familia. *d. l. ſi cum dotem.* §. 8. *verſ. ſin vero.*

Quarto adverſatur *l. ſi cujus.* 13. §. *ſed ſi inter.* 3. *ff. de uſufruct.* ubi ſequeſtratio admittitur, quando inter duos de alicujus fundi poſſeſſione controverſia eſt, & uterque vult fructus percipere, & periculum eſt, ne utraque pars vi poſſeſſionem invadat, & ſic ad arma & rixas litigatores procedant, tunc judex interim fundum cum fructibus ſequeſtrabit, donec de poſſeſſione lis finem accipiat. Reſp. Hæc ſequeſtratio tum demum procedit, quando dubium eſt, uter litigantium poſſideat. At vero cum certum eſt alterum tantum poſſidere, tunc ſi adverſarius moveat illi quæſtionem poſſeſſionis, judex non debet ſequeſtare fundi poſſeſſionem cum fructibus, ſed interdicet ſub certa pœna adverſæ parti, quæ non poſſidet, ne poſſeſſorem impediat vel turbet in ſua quieta poſſeſſione. arg. *l.* 1. *ff. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſus erit. l. penult. ff. de aqua quotid. & æſt.* Quæ opinio ſumma æquitate fundatur; alioqui enim poſſet quilibet per malitiam fingere rixam & turbas immiſcere, ut adverſarius commodo poſſeſſionis privaretur. malitiis autem hominum non eſt indulgendum. *l. in fundo.* 38. *ff. de rei vind.* Ita eleganter tradit *Ferrar. in pract. in form. ſequeſtr. num.* 3. Plures caſus, quibus licita eſt ſequeſtratio, vide apud *gl. in c.* 2. *extr. de ſequeſt. poſſ.* & *Coraſ. lib.* 3. *miſc. c.* 2. *Robert. lib.* 1. *ſentent. jur. c.* 5. Denique notandum unicum eſſe remedium evitandi ſequeſtrationem, ſi videlicet is, contra quem ſequeſtratio petitur, paratus ſit ſatiſdare, id eſt, fidejuſſores dare, de judicio ſiſtendo, vel de re petita conſervanda integra. *l. ult. C. de ord. cogn. l. litibus.* 20. *C. de agric. cenſ. & colon. l. ſenatuſconſulto.* 16. *ff. de off. præſ. l. ſi fide-*

juſſor.

juſſor. 7. §. *fin. ff. qui ſatiſd. cog. &c.* Vide de requiſitis ſequeſtrationis plene apud *Minſin. centur.* 5. *obſer.* 35. & *cent.* 2. *obſ.* 11. *Andr. Gail lib.* 1. *obſer. c.* 148. & *c.* 12. *de arreſtis imperii. num.* 1.

ASSERTIO LXIV.

Pro re apud ſequeſtrum depoſita, finita ſequeſtratione reſtituenda, competit deponentibus actio depoſiti ſequeſtraria.

Sequeſtratio eſt rei litigioſæ a duobus vel pluribus apud ſequeſtrum facta depoſitio, ea conditione, ut tamdiu, dum lis durat, eam cuſtodiat, & poſtea victori reddat. *l. ſequeſter.* 110. *ff. de V. S. l.* 3. §. 1. *l.* 6. 17. & *penult. ff. depoſ. l.* 9. §. *Labeo.* 3. *ff. de dolo.* Hac ſequeſtratione finita, datur ſequeſtro deponenti ad rem ſequeſtratam reſtituendam, actio depoſiti ſequeſtraria. Eaque actio datur vel victori lite finita, vel illi qui conditionem implevit, ſub qua ſequeſtrum factum eſt, contra ſequeſtrem, qui rem cuſtodiendam accepit. textus in *l. propter.* 5. *C. depoſ.* & in *l.* 5. §. 1. *l. ſi in Aſia.* 12. §. *cum ſequeſtre.* 2. *ff. eodem. d. l.* 9. §. *Labeo.* 3. *ff. de dolo.* Porro tunc demum competit actio depoſiti ſequeſtraria, cum duo vel plures apud ſequeſtrem rem aliquam deponunt. Cæterum ſi unus ſolum deponat, agetur vulgari actione depoſiti, quia tunc non eſt ſequeſtrarium, ſed vulgare & ſimplex depoſitum. *l. ſi apud.* 18. *ff. de præſcript. verb. Pacius ad l.* 5. *C. depoſiti.*

Sed cum hac ſententia pugnat *d. l. ſi quis.* 9. §. *Labeo.* 3. *ff. de dolo.* ubi traditur, ex ſequeſtratione competere actionem præſcriptis verbis, contra ſequeſtrem. Reſp. Tunc demum competit actio depoſiti ſequeſtraria, cum ſequeſtrum perfectum & impletum eſt, hoc eſt, cum lis finem accepit per ſententiam, vel conditio ſub qua ſequeſtratio facta eſt, adimpleta eſt. Actio enim ſequeſtraria victori tantum datur, vel ei, qui conditionem ſub qua ſequeſtratio facta eſt, adimplevit. *d. l.* 5. §. 1. *ff. depoſ.* At ubi per alterum litigatorum ſtat, quo minus lis finem accipiat, tunc quia conditio ſequeſtri nondum impleta eſt, competit præſcriptis verbis actio contra ſequeſtrem. *d.* §. *Labeo.*

Secundo obſtat *l. ſi gratuitam.* 17. §. *ult. ff. de præſcript. verb.* ubi agitur actione præſcriptis verbis contra ſequeſtrem, qui annulos depoſitos victori non reddit, etiam conditione depoſitionis impleta. Reſp. Ibi non eſt proprie ſequeſtrum contractum. quia una res duntaxat, eaque ligitioſa apud ſequeſtrum deponitur. At ibi duo ſponſione certantes ſinguli annulos ea lege depoſuerunt, ut victor pro præmio victi annulum auferret: quo caſu non eſt proprie ſequeſtrum contractum, quia in ſequeſtro una tantum res eaque litigioſa deponitur. At ibi nulla de annulo lis mota erat, neque una

una tantum res depoſita erat, ſed duo ſponſione certantes ea lege ſinguli annulos depoſuerunt, ut victor pro præmio victi annulum auferret. Quo caſu quia non eſt proprie ſequeſtrum, tutius eſt præſcriptis verbis experiti. *l. ſi apud.* 18 *ff. de præſcr. verb.* Eleganter *Forner. ad l. ſequeſter.* 100. *ff. de V. S.* Porro illud obiter notandum ex *d. l. ſi gratuitam.* §. *ult. ff. de præſcr. verb.* Quod quoties duo certant vel ſponſionem faciunt pignore aliquo depoſito, ſub iſta conditione, ut qui victor futurus erit, certam rem ab aliquo lucretur, ex hoc contractu ſponſionis vulgo dicto *ein Wedtſpeil*, competere actionem præſcriptis verbis, dummodo cauſa ſponſionis ſit licita & honeſta.

ASSERTIO LXV.

Deportatus ſive excommunicatus mandatum contrahere non poteſt.

DEportati & banniti, quia civiliter pro mortuis habentur, ideo mandare non poſſunt. Quæ ſententia etiam ex eo fundatur & ſtabilitur, quia deportati poſt ſententiam proſcriptionis nihil proprium habere poſſunt, ſed omnia quæcunque acquirunt, ea ipſa fiſco acquirunt. *l.* 2. *C. de bon. proſcript.* Ego nihil habent, de quo contrahere poſſint.

Sed graviter obſtat huic ſententiæ *l. ſi mandavero.* 22. §. *is cujus.* 5. *ff. mandati.* ubi decidit JC. quod *is cujus bona publicata ſunt, mandare alteri poteſt, ut ea ſibi emat*: & ſubjungit hanc rationem JC. *quia publicatis bonis quicquid poſtea acquirit, non ſequitur fiſcum.* Quæ lex omnino pugnat cum *d. l.* 2. *C. de bon. proſcript.* quæ ſtatuit deportatorum bona, etiam poſt ſententiam acquiſita, ad fiſcum pertinere. Reſp. Ex ſententia Cujacii, quod in *d. l.* 22. §. *is cujus. ff. mandat.* agatur de eo, cujus bona publicata ſunt, ſine maxima vel media capitis diminutione, ut puta de relegato, non de deportato. Deportatum ſequitur omnium bonorum publicatio, nihilque ſibi acquirere poteſt, poſt deportationem quoque, quia omnia fiſco acquirit. Aliud dicendum eſt in relegato, qui non patitur maximam vel mediam capitis diminutionem; unde & relegatus poſt relegationem bona ſibi acquirere poteſt, & per conſequens alteri mandare poteſt, ut ſibi quid emat, vel ex alio contractu acquirat. Ita conciliant *d. l.* 2. *C. de bon. proſcript.* cum *d. l. ſi mandavero.* §. *is cujus,* 5. *ff. mandati. Cujac. in paratit. ad l.* 8. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* & *ad tit. C. de bon. proſcript.* & *lib.* 6. *obſerv. c.* 22. & noviſſime *Fachin. lib.* 9. *controv. juris cap.* 51. ubi late & eleganter hanc controverſiam pertractat. His adde *Tobiam Nonium in princ. tit. inſt. de teſtam. ordin. num.* 9. *Gothofr. ad d. l.* 22. §. *is cujus.*

Secun-

Secundo objicitur tale argumentum: Deportati retinent ea quæ ſunt juris gentium, licet amittant ea quæ ſunt juris civilis. *l. ſunt quidam.* 17. §. 1. *ff. de pœn.* Sed mandatum eſt juris gentium, ſicut & alii fere contractus omnes. *l. ex hoc jure.* 5. *ff. de juſt. & jur.* Ergo deportatus mandatum contrahere poteſt. Reſp. Etſi contractus mandati ſit juris gentium, tamen quia actiones ex contractibus deſcendentes ſunt juris civilis, ideo fruſtra deportati & exules mandant aliis negotia gerenda, quia ipſi in judicio agere vel convenire alios non poſſunt, cum in civitate eſſe non poſſint. Eatenus tamen videntur mandatum contrahere poſſe deportati, quod actionem ex mandato quæſitam aliis cedere & vendere poſſunt. Idem enim obtinet in excommunicatis, qui quanquam non agant, tamen actiones ſuas aliis cedere poſſunt, & ceſſionario recte actio accomdabitur. *c. intelleximus. extr. de jud. gloſſ. ſing. in c.* 1. §. 1. *de jur. patron. lib.* 6. *Coſtal. ad d. l.* 22. §. *in cujus. ff. mand.*

ASSERTIO LXVI.

Mandatarius ultra id, quod mandati fines excedens utiliter geſſit, habet actionem negotiorum geſtorum.

MAndatarius diligenter & præciſe mandati fines obſervare debet. *l. cum mandati.* 12. *C. de mandat. l. ſi procurator.* 10. *C. de procurat.* Quod adeo verum eſt, ut quamvis procurator recedendo a forma mandati, fecerit domini conditionem meliorem, necdum tamen ei competat actio mandati. Hinc ſi quis mandavit procuratori ſuo, *ut ſibi domum Sejanam emeret centum aureis*, iſque Titianam, quæ longe majoris eſt pretii, emerit eodem pretio vel viliori, tamen non cenſetur mandatum impleſſe, ideoque nec mandati actionem habebit. *l. diligenter.* 5. *ff. mandat.* Sed illud controvertitur ab interpretibus, an, ſi mandatarius excedens fines mandati, utiliter geſſit negotia domini, licet non poſſit agere contraria actione mandati, non tamen negotiorum geſtorum actione experiri poſſit contra dominum. Ut puta ſi dominus mandavit procuratori ſuo, *ut ſibi emeret domum centum aureis*, iſque pluris emit, cum tanti valuerit, habebitne pro ſuperfluo actionem negotiorum geſtorum? Et dicendum eſt, verius eſſe & probabilius, competere procuratori actionem negotiorum geſtorum, eo quod utiliter ſaltem geſſit negotia domini, abſque mandato. per *l.* 1. & *l. qua utiliter.* 45. *ff. de negot. geſt.*

Verum huic deciſioni graviter obſtat *l. liberto.* 31. §. *libertos.* 4. *ff. de neg. geſt.* ubi dicitur, quod juſſus impendere certam ſummam in extruendum monumentum, ſi plus impendit, non repetit negotiorum geſtorum actione. Item obſtat *l. ſi creditor.* 37. §. 1. *ff. de peculio.*

peculio. ubi traditur, ſi ſervus plus impendit in rem emendam, quam juſſit dominus, id quod plus impendit, dominus vindicat, & repetit a venditore. Denique adverſatur *l. ult. C. de neg. geſt.* ubi ſancitur, quod ſi quis nolente & prohibente domino negotia ejus geſſerit, & pecunias aliquas impenderit in ejus negotia, nullam eum habere contra dominum negotiorum geſtorum actionem. Reſp. Hæc diſcrepantia legum tali diſtinctione concilianda eſt. Aut dominus ſpecialiter prohibuit, ne ejus negotia gereret, vel ne domum pluris quam præſcripſit, emeret, & hoc caſu negotiorum geſtorum actio geſtori non competit, quamvis rem domini bene geſſerit. Hoc *Juſtinianus in l. ult. C. de N. G.* (quæ eſt una ex 50 deciſionibus) ſecutus Pomponii & Julii Pauli ſententiam, in *l. ſi pro te. 40. ff. mandati.* definivit. Aut dominus ſpecialiter non prohibuit ne ejus negotia adminiſtraret, vel ne domum verbi gratia pluris quam mandavit, pro eo emeret, vel venderet, & negotium ejus utiliter geſtum eſt, hoc caſu verius eſt actionem negotiorum geſtorum competere. *d. l. 2. l. Pomponius. 9.* in verb. *quemadmodum quod utiliter geſtum eſt, neceſſe eſt a judice pro rato haberi. ff. de neg. geſt.* & *l. qua utiliter. 45. ff. eod.* Si vero inutiliter geſſit negotia, hoc caſu non repetit geſtor, id quod impendit. *d. l. liberto. 31. §. libertos. 4. ff. de neg. geſt.* Quæ opinio ſumma æquitate nititur, ne dominus locupletetur cum injuria & damno geſtoris. Ita decidunt *Caſtrenſ. in d. l. ult. Faber, Baro,* & *Minſ. ad §. is qui exequitur. inſtit. mand.* Poſtremo objicitur *l. 3. §. in bello. 15. ff. de re milit.* ubi dicitur, quod qui mandatum ducis non ſecutus, rem in bello etiam feliciter geſſit, capite punitur. Reſp. Hoc procedit in jure belli, quod publicum eſt, & in quo ob periculum reipub. ipſius dux punitur, etiamſi utiliter præter juſſum imperatoris & feliciter pugnaverit. Namque & alias in publicis plerumque a privatis diverſo jure utimur. *Sic Manlius Torquatus filium e medio ſuſtulit, quod cum hoſte contra præceptum ſuum dimicaſſet, hoſtemque ſuperaſſet, ſatius eſſe judicans patrem forti filio, quam patriam militari diſciplina carere. Val. Max. lib. 2. c. 2. de diſciplina militari.* Sic etiam *Poſthumius dictator A. Poſthumium filium, quia non ſuo juſſu, ſed ſua ſponte egreſſus hoſtes fuderat, victorem feriri ſecuri juſſit*, ut ſcribunt *Livius lib. 1. Gell. lib. 17. Noct. Attic. c. ult. Val. Maxim. lib. 2. c. 7.*

ASSERTIO LXVII.

In vendentis vel ementis arbitrium collata emendi conditione, venditio nulla eſt.

HÆC aſſertio comprobatur per *l. in vendentis. 13. C. de contr. empt.* ubi traditur, quod venditio in alterutrius contrahentium volun-

voluntatem collata non valet, quodque neuter ad hujus contractus implementum cogi poteſt. Hinc venditio hoc modo contracta: *Vendo tibi hanc rem, pro pretio quo volueris, vel quanti æſtimaveris, quanti æquum putaveris, inutilis & nulla eſt. l. quod ſæpe. 35. §. 1. ff. de contr. empt.* Similiter ſi conveni cum Titio, ut fundus meus ſit ei emptus 100. aureis, ſi placuerit ipſi eum tanti emere, & poſtea me pæniteat, Titius autem dicit, ſe pro illis centum emtum habere velle; quæritur, an poſſim compelli, ut vendam ei pro pretio convento. Et dicendum, quod nulla & inutilis ſit talis venditio. Ratio eſt, quia ſubſtantialis pars contractus non poteſt in voluntatem vel arbitrium alterutrius contrahentium conferri. Nam cum obligatio ſit juris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur alicujus rei ſolvendæ, inutilis eſt contractus, imperfectaque obligatio, quæ nulla neceſſitate adſtringit contrahentes. *l. ſub hac. 8. ff. de obligat. & act. l. ſtipulatio. 17. ff. de V. O.*

Opponitur *§. penult. inſt. de empt. & vendit.* ubi dicitur, quod valet hæc venditio: *Vendo tibi Stichum pro aureis tot, ſi tibi Stichus infra menſem placuerit*; cum tamen illa emptio conferatur in arbitrium emptoris. Atqui venditor illi venditioni ſtare cogitur, emtore intra dictum ſpacium conſenſum declarante. Reſp. Ideo valet iſta emptio, quia non pure & abſolute confertur pretium in arbitrium emptoris ſeu debitoris, ſed ad tempus, & ſub conditione, ſi videlicet emptor intra certum tempus conſenſum ſuum declaraverit. Ideoque propter adjectionem temporis valida eſt emptio, quia non habet perpetuam cauſam nullitatis.

Secundo obſtat *l. ult. C. de contr. empt.* ubi valet venditio, ſi quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii. Ergo & videtur poni poſſe pretium in arbitrium contrahentium. Reſp. diverſa hæc ſunt, quia in perſonam tertii ſeu extranei ideo poteſt collocari æſtimatio definiti pretii, quia veriſimile eſt, tertium, æquum ſeu moderatum pretium ſtatuturum; ſed non eſt probabile alterutrum contrahentium pretium æquum, ſed potius ſibi maxime commodum arbitraturum.

Tertio objicitur *l. in perſonam. 22. §. generaliter. 1. ff. de R. J.* ubi dicitur, quod in omnibus bonæ fidei judiciis, ubi quid confertur in arbitrium domini, hoc eſt, contrahentis, pro boni viri arbitrio id accipiendum erit. Ergo pretio collato in arbitrium contrahentis, illud pretium ſtatui debet, quod bonus vir arbitratur. Reſp. Illa regula intelligenda eſt, quoties adminicula contractus conferuntur in arbitrium contrahentium. Accidentalia namque venditionis poſſunt conferri in arbitrium contrahentium, & tunc recurritur ad arbitrium viri boni, ſive is nullo modo arbitretur, ſive arbitretur, ſed inique. Unde valet hæc venditio: *Vendo tibi ſervum, ſi rationes arbitrio meo ſive domini reddiderit.* Quæ conditio utiliter emptioni adjicitur, & pro eo habetur, ac ſi viri boni arbitrium in

Oo emptio-

emptione comprehenſum eſſet. *l. hac venditio. 7. ff. de contr. empt.* Similiter in ſocietate conſtitutio partium lucri & damni, in locatione operis approbatio, poſſunt in arbitrium contrahentium, tanquam viri boni, conferri. *l. ſi in lege. 24. ff. de locat. l. ſi ſocietatem. 6.* & *l. 76. ff. pro ſocio.* nam & ſine iis poteſt contrahi locatio & ſocietas. Verum ſubſtantialia contractus, ut pretium in emptione, merces in locatione, non poſſunt in arbitrium contrahentium conferri.

ASSERTIO LXVIII.

Jus retractus neque in re a judice creditori adjudicata, neque in re donata locum habet.

JUs protimiſeos ſeu retractus, eſt jus quo proximiores conſanguinei, conſortes, vel vicini rem immobilem venditam eo pretio oblato, quo res vendita eſt, intra annum & diem retrahere & ad ſe revocare poſſunt. Hoc jus retractus lege Cæſarea reprobatum eſt, per *l. dudum. 14. C. de contr. empt. & vendit.* ſed conſtitutione Imperatoris Friderici denuo reſtitutum. *tit. 3. lib. 2. feud.* & *c. 1. §. Titius. lib. 2. feud. tit. 26.* ubi ſtatuitur, quod proximi agnati poſſint feudum a vaſallo venditum, reſciſſa venditione, eodem pretio redimere, & ad ſe revocare. Moribus etiam paſſim hoc jus in nonnullis Belgii provinciis, puta Hollandia & Friſia, item in Gallia, uſu iterum receptum & approbatum eſt. Quæ conſuetudo optima nititur ratione, ut res majorum maneant in noſtra familia. Triſte enim & lugubre eſt, videre paternas domos & antiqua majorum prædia in extraneas manus devenire. *l. lex qua tutores. 22. C. de adminiſt. tut. &c. l. ſi in emptione. 35. ff. de minoribus.* Eaque conſuetudo eſt & jure canonico confirmata. *c. conſtitutus. extr. de reſtitut. in int.* ſed & jure divino corroborata eſt. Nam *Levit. 25. verſ. 25.* dixit Dominus: *Si attenuatus frater tuus vendiderit poſſeſſiunculam ſuam, & voluerit propinquus ejus, poteſt redimere quod ille vendiderit.* Concord. *Ruth. 1. 4.* item *Jerem. c. 32.*

Quæſitum autem eſt inter DD. an jus retractus habeat locum, ſi res non vendita ſit, ſed creditori data in ſolutum, an tunc a proximioribus retrahi poſſit. Et in hac dubia quæſtione hæc diſtinctio tanquam verior tenenda eſt. Aut datio in ſolutum fit ſponte a partibus ſeu contrahentibus, ut in *l. pretii. 9. C. de reſcind. vendit. l. eum a quo. 16. C. de ſolut.* & cum hæc venditionis vicem obtineat, *l. eleganter. 24. ff. de pign. act. l. ſi prædium. 4. C. de evict.* ideo in ea perinde atque in venditione jus retractus locum habet. Aut datio in ſolutum fit a judice, ut cum ex rebus debitoris una creditori adjudicatur pro quantitate debita. *l. a D. Pio. 15. §. ſi pignora. 3. ff. de re judic. l. ult. C. de jur. domin. impetr.* & tunc jus retractus locum

non

non habet. Ita poſt *Specul. Alex.* & *Jaſon.* decidit *Coraſ. lib.* 3. *miſcel. c.* 3. *num.* 2. *And. Tiraquell. de retraict. lignagier.* §. 1. *gloſſ.* 14. *num.* 8. Pro hac ſententia facit, quod generaliter in jure traditur, quod quoties alienatio in legibus prohibetur, hoc de voluntaria alienatione, non vero ea quæ ex neceſſitate fit, eſt accipiendum. *l. Divus.* 5. *ff. de pet. hered. l. alienationes.* 13. *ff. fam. erciſc. l.* 1. *ff. de fund. dot. l.* 2. *C. eod. l. peto.* 69. §. *prædium.* 1. *ff. de legat.* 2.

Duo argumenta obſtant huic ſententiæ. Primo objicitur, quod hæc conſuetudo, quæ introduxit jus retractus, eſt odioſa; quia tendit ad reſcindendum contractum, quem tamen partium conſenſu abſolutum, ne quidem Principis reſcripto extingui oportet. *l.* 3. *C. de reſc. vend.* Unde a venditione, quæ eſt actus voluntarius, ad dationem in ſolutum, actum ſcilicet neceſſarium, non eſt facienda extenſio. *l. rem legatam.* 18. *ff. de adim. vel transfer. legat. vel fideic.* Reſp. Hæc conſuetudo non tendit ad reſciſſionem contractus, quinimo contractum approbat, ideoque & pretium conventum ſolvit.

Secundo objicitur, quod datio in ſolutum venditionis vicem obtineat, & quod ille qui rem in ſolutum accepit emptori ſimilis ſit. textus in *l. ſi prædium.* 4. *C. de evict. l. ult. ff. ex quib. cauſ. in poſſeſſ. eatur.* Huc etiam conſuetudinis ratio nos impellit, quippe perinde contra ejus mentem fit, ſi extraneo detur in ſolutum, atque ſi vendatur prædium. Illius ergo conſuetudinis ſenſus ſpectandus eſt. Reſp. Datio in ſolutum quæ fit auctoritate judicis, eſt neceſſaria. Atqui allegatæ leges in contrarium de voluntaria datione in ſolutum loquuntur.

Quæſitum eſt illud, an ſi res non vendita, ſed donata ſit, jus protimiſeos in donatione locum habeat. Eſt ſtatuendum tanquam verius & probabilius contra *Coraſ. d. loco.* quod in re donata non ſit locus juri retractus. Idque probatur, ducto argumento a ſimili ex contractu emphyteutico. Nam emphyteuta non poteſt fundum emphyteuticum vendere irrequiſito domino. Poteſt tamen eundem donare invito domino directo. *l.* 1. *C. de fund. patrim. l. ult. C. de jur. emph. l. ult. C. de præd. decur.*

Opponitur, quod eadem ſit ratio in donatione, quæ in venditione, ne ſcilicet res exeat e familia. *c.* 1. §. *donare. lib.* 2. *feud. tit.* 9. Ergo & prædium donatum proximus cognatus retrahere poteſt. Reſp. Diverſa ratio eſt in venditione & donatione, quia ideo permittitur jus retrahendi rem venditam proximiori agnato, quod non intereſt venditoris, a quo habeat pretium, ſed intereſt donatoris, amico donare propter bene merita, quam conſanguineo. Sic & emphyteuta qui vendere non poteſt fundum emphyteuticum irrequiſito domino, eundem tamen donare poteſt. *d. l.* 1. *C. de fund. patrim.*

Assertio LXIX.

Ex pacto de retrovendendo oritur tantum perſonalis, non realis actio.

PActum de retrovendendo interpoſitum inter venditorem & emtorem, ut quandocunque venditor vel ejus heredes offerant rei venditæ pretium, emtor reſtituat ei rem venditam, perſonale eſt, & rem ipſam non afficit. Unde ſi ab emtore rurſus ſit vendita, prior venditor a ſecundo emptore rem non vindicat, ſed datur ei tantum perſonalis actio ex vendito, adverſus primum emtorem in id quod intereſt. Hæc eſt communis & recepta DD. opinio, teſte *Gail lib.* 2. *obſ. c.* 16. ubi notat ſecundum hanc opinionem in Camera imperii eſſe judicatum. *Minſ. cent.* 6. *obſ.* 69. *Weſembec. conſ.* 39. Datur itaque ex tali pacto de retrovendendo non realis, ſed perſonalis actio ex emto, vel præſcriptis verbis. textus eſt expreſſus in *l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vendit. compoſ. l. rebus.* 6. *C. de rer. permut. l. ſi ſterilis.* 21. §. *ſi tibi.* 4. *ff. de act. empt.* Atqui perſonalis actio non datur contra ſingularem ſucceſſorem. *l. ult.* §. *ult. ff. de contr. empt. l.* 1. §. *ſi heres.* 16. *ff. ad SC. Trebell.* in verb. *neque enim æris alieni perſonalis actio fundum ſequitur.* Nullum jus reale ex tali pacto producitur, ſed tantum perſonalis actio oritur. Ergo primus venditor contra primum emtorem vel ejus heredes aget actione ex vendito, ad id quod intereſt; non vero contra tertium poſſeſſorem & ſingularem ſucceſſorem agere poterit rei vindicatione ad fundum repetendum. Ratio eſt, quia pactum de non alienando contractui appoſitum, non impedit alienationem, quoad tranſlationem dominii. *l. nemo paciſcendo.* 61. *ff. de pact.* ſed tantum eatenus impeditur alienatio, ut committatur obligatio ad intereſſe, vel ad pœnam, ſi pœna ſit adjecta contractui. textus eſt expreſſus in *l. ſi ita quis.* 135. §. *ea leg.* 3. *ff. de verb. oblig. l. ult. C. de reb. alien. non alien. &c.*

Sed pro contraria opinione, quod ſcilicet pactum de retrovendendo afficiat rem ipſam, & ex eo detur actio realis, ſeu utilis rei vindicatio, adferuntur *l. ſi cum venderet.* 13. *ff. de pign. act.* & *l. voluntate.* 10. §. *ult. ff. quib. mod. pign. ſolv.* ubi traditur, quod ſi in venditione pignoris pactum interpoſitum ſit inter creditorem & emptorem, ut *ſi debitor pecuniam pretii emtori ſolveret, liceret ei recipere rem ſuam:* ex hoc pacto datur debitori actio in rem, ad vindicandam rem ſuam. Ideoque ex pacto de retrovendendo competit primo venditori contra ſingularem ſucceſſorem utilis actio rei vindicationis. Duplex ſolutio adfertur a DD. ad hoc argumentum. Primo reſpondetur, quod primum JCti reſponſum, quo ſtatuit debitori dari rei vindicationem, mox corrigitur per ſequentia

tia verba, dum ſubjungit JC. *aut in factum actione contra emptorem agere poterit*; ideoque ſolum actione in factum vel præſcriptis verbis aget. Ita reſpondent *Accurſ.* & *Bart. in d. l. ſi cum venderet.* Secundo reſpondetur ſub diſtinctione. Aut pactum de retrovendendo conceptum eſt verbis directis, hoc modo: *ut ſi venditor pretium ſolverit emtori, liceret ei recipere rem ſuam*, quæ verba directa ſunt. *l. Titia cum teſtamento.* 34. §. *ult. ff. de legat.* 2. quibus verbis in objectis legibus uſus eſt venditor, & tunc dominium ex pacto retrovendendi ad venditorem revertitur, poteritque rem vindicare a tertio poſſeſſore. Aut verbis obliquis pactum de retrovendendo eſt interpoſitum, ut puta ſi emptor revendere aut reſtituere promiſit, ut loquitur. *l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vend. compoſ.* & tunc dominium non revertitur ſtatim ad venditorem, ita ut rem venditam vindicare poſſit, ſed competit illi tantum perſonalis actio ex vendito, vel præſcriptis verbis contra primum emtorem ad fundum reſtituendum vel ad intereſſe. Ita reſpondet *Fach. lib.* 2. *contr. jur. c.* 15. adde *Boër. deciſ.* 182. *num.* 17. 18. & 19.

Secundo opponitur hoc argumentum. Ex pacto addictionis in diem & legis commiſſoriæ, dominium rei venditæ ad venditorem revertitur, & rei vindicatio ei competit. *l. commiſſoria.* 4. *C. de pact. int. emt. & vend. compoſ.* Ergo idem ſtatuendum videtur in pacto de retrovendendo. Reſp. In iſtis pactis non novum dominium venditori acquiritur, ſed vetus, quod ante habuerat dominus, retinere fingitur: quia ea lege & conditione res erat tradita ab initio, ut ſtatim rediret ad dominum conditione commiſſa. Approbat hanc deciſionem *Anton. Faber. de error. pragmat. decade* 22. *error. ult.* Diſſentit *Covarruv. lib.* 3. *variar. reſolut. c.* 1. *num.* 3. ubi tradit, qnod venditor ratione pacti de retrovendendo poſſit agere contra tertium poſſeſſorem, etiamſi is non ſit emtoris heres.

ASSERTIO LXX.

Venditor læſus ultra dimidium juſti pretii, actione ex vendito reſcindit venditionem, daturque hoc beneficium l. 2. C. *reſc. vend. etiam emtori, contra* CUJACIUM.

SI venditor ultra dimidium juſti pretii in venditione læſus ſit, competit ei remedium *l.* 2. *C. de reſcind. vend.* quo conſequitur, ut reſcindatur venditio, vel ut ab emtore id quod juſto pretio deeſt, ſuppleatur. Sed quæritur, an hoc petat venditor actione ex vendito, an vero officio judicis, petita reſtitutione in integrum. Utrum dicatur, multum intereſt, cum actio in perſonam ex vendito duret annis 30. *l.* 2. *C. de conſt. pec.* ſed reſtitutio in integrum intra quadriennium ſolum competat. *l. ult. C. de temp. in int. reſtit.*

 Et

Et verior eſt ſententia, non competere hic reſtitutionem in integrum ad reſcindendam venditionem, ſed eſſe civilem actionem ex vendito, eoque perpetuam. Quod non habeat hoc caſu locum reſtitutio in integrum, hoc argumento comprobatur. Majores 25. annis, qui neque dolo circumventi, neque metu coacti ſunt, ut venderent, non reſtituuntur in integrum, niſi ex ea edicti parte, quæ eſt de iis cauſis, *ex quibus cauſis majores reſtituuntur.* Atqui ex eo edicto nemo reſtituitur, qui læſus ſuo facto, ſed qui ſolum abſentia neceſſaria vel probabili læſus eſt. *l. ſed etſi.* 26. *l. nec non.* 28. *ff. ex quib. cauſ. major. &c.* Itaque venditor in hoc caſu in integrum reſtitui non poteſt, cum neque dolo ſit circumventus, neque vi metuve coactus; ſed ſi læſus eſt, non adverſarii, ſed ſuo facto læſus eſt, nullaque abſentia neceſſaria vel probabili. Quod autem competat actio ex vendito ad hanc reſciſſionem comprobandam, hoc argumento comprobatur. Quod ea quæ ſunt moris & conſuetudinis, venditor emtori, aut emtor venditori præſtare debet, eaque veniunt in actionem ex vendito & emto. *l. quod ſi nolit.* 31. §. *quia aſſidua.* 20. *ff. de ædilit. edict.* Ideoque multo magis quæ certo jure ſunt præſtanda, qualis eſt hæc reſciſſio immoderatæ læſionis in pretio venditionis, præſtanda ſunt actione ex vendito. Diſſentit Cujacius, qui ſtatuit, ſi venditor læſus ſit ultra dimidium juſti pretii, tunc hanc venditionem reſcindi officio judicis, idque argumento *l. in contractibus.* 3. *C. ex quibus major. in int. reſt.* ubi dicitur, quod majoribus læſis in contractibus bonæ fidei officio judicis cauſa cognita ſuccurritur. Itaque hæc reſciſſio venditionis propter læſionem ultra dimidium juſti pretii petenda eſt intra quadriennium; quemadmodum omnes reſtitutiones quæ conceduntur majoribus propter læſionem in contractibus, peti debent officio prætoris intra quadriennium, per *l. ult. C. de temp. in int. reſtit. l. quod ſi minor.* 24. §. *ult. ff. de minor.* Ita erudite tradit *Cujacius*, ſubtiliſſimus juris interpres, *in tract. de diverſ. temp. præſcript. cap.* 23. ubi refert, ita in foro ſervari.

Objicitur huic deciſioni primo, quod actio ex vendito hic competere non poteſt, quia de ea reſciſſione in contrahenda emtione nihil convenit. Deinde abſurdum eſt, actionem ex vendito dari ad reſcindendam venditionem, quæ comparata eſt ad confirmandam venditionem. Reſp. Aliquando actio ex vendito competit etiam ad reſcindendam venditionem. Quod fit primo, ſi fundus nominatim hac lege venditus eſt, ut ſub aliqua conditione fiat inemtus. *l. ſed Celſus.* 6. §. 1. *ff. de contr. emt.* Secundo datur actio ex vendito ad reſciſſionem venditionis, quando ex jure certo licet venditori reſcindere venditionem, licet nihil de hoc nominatim convenit, ut fit in hoc caſu, cum venditor ultra dimidium juſti pretii eſt circumſcriptus. Quod probatur exemplo redhibitionis. Si enim venditum ſit animal morboſum, permittitur emtori animal redhibere,

bere, & emtionem reſcindere reddita re vitioſa venditori, & pretio emtori reſtituto. *l. facto. 60. ff. de ædil. edict.* petiturque hæc reſciſſio actione ex empto. *l. ex emto. 11. §. redhibitionem. 3. ff. de act. empt.*

Secundo in contrarium adducitur exemplum venditionis per metum contractæ. Si enim quis metu coactus rem ſuam vendidit, non competit ei actio ex vendito ad reſcindendam venditionem, ſed extraordinarium auxilium reſtitutionis in integrum, per actionem quod metus cauſa, quæ tantum intra annum competit. *l. 4. C. de his quæ vi metuſve cauſ. geſt.* Itaque non eſt perpetuum, ubi quid venditori ab emtore reſtituendum eſt, competere in eam rem actionem ex vendito. Reſp. Tum demum competit actio ex vendito ad reſcindendam venditionem, quando emtor aliquid accepit ex cauſa emtionis, quod reſtituere debet, ut fit in propoſito caſu. At non idem accidit in venditione per metum contracta; nam hæc jure irrita habetur. *l. 1. ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* Non poteſt autem actio ex vendito competere, ubi venditio non conſiſtit, ſi modo ea venditor ſtare nolit.

Poſterior ſententia, quod remedium *l. 2. C. de reſcind. vend.* competat etiam emtori, quando duplo pluris emit rem, quam valet, eſt ab omnibus interpretibus recepta, teſte *Donello ad l. 2. C. de reſcind. vend. num.* 17. *Pinell. ad d. l. 2. part. 1. cap. 2. num. 1.* Eaque probatur hoc certiſſimo argumento. Quodcunque in uno correlativorum ſtatutum eſt, ſtatui quoque debet in altero, quando una & & eadem eſt ratio in utroque correlativorum. *l. ult. C. de ind. vid. & leg. Jul. miſcell. toll.* Atqui hic eadem eſt ratio emptoris & venditoris, ut ſcilicet in contractu venditionis inter utrumque ſervetur æqualitas, & immoderata circumſcriptio ab hoc contractu removeatur. Ideoque & beneficium *l. 2.* competet emptori, ſi duplo pluris quam res valet, eam emit. Ab hac communi & recepta ſententia diſceſſit ſolus *Cujacius lib. obſ. 16. c. 18.* & *lib. 23. obſerv. c. 32.* qui aſſerit hoc beneficium *l. 2. C. de reſc. vend.* non competere emtori. Quam ſuam novam opinionem comprobat hoc argumento, quod diverſa ſit ratio venditoris & emtoris. Nam venditor plerunque neceſſitate rei familiaris impulſus, compellitur res ſuas vendere pretio minori. *l. non idcirco. 12. C. de reſc. vend. l. ſi quos. 16. C. eod.* in verb. *ſi quos neceſſitas publicæ rationis adſtringat proprias diſtrahere facultates. l. 1. C. de præd. decur. ſine decr. non alien.* emtor vero ut plurimum ultro accedit ad emtionem, idque ſui lucri gratia, & ſæpe fraudandi venditoris cauſa. Deinde emtor plerumque emit pretio immenſo & immodico, commotus affectione oportunitatis, vel vicinitatis, vel quod in eo prædio educatus ſit, vel quod prædium majorum ſuorum fuit. *l. 1. §. ſed ſi rem. 14. ff. ſi quid in fraud. patron. fact. ſit. l. ſi emtione. 35. ff. de minor. 25. annis.* Reſp. Hoc non eſt perpetuum, ut venditor

neceſſitatis cauſa res ſuas vendat, ſed facit hoc plerumque propter utilitatem, & lucri ſui gratia. Præterea emtor ſæpe emit ſibi utilia & neceſſaria bona fide, non animo injuſte lucrandi, neque fraudandi. Ideoque ſicut humanum eſt ſubvenire venditori ultra dimidiam juſti pretii decepto, ita quoque emtori ſubveniendum eſt. Ita communi DD. ſententia receptum eſſe tradit *Fachin. lib. 2. contr. jur. c. 16.*

ASSERTIO LXXI.

Caſus fortuitus in re locata contingens, pertinet ad locatorem, non ad conductorem.

Confirmatur hæc deciſio primo hac generali regula, quod caſus fortuiti, qui nullo humano conſilio prævideri poſſunt, nullo bonæ fidei judicio præſtantur, quæ tradita extat in *l. quæ fortuitis. 6. C. de pign. act. l. 1. C. depoſiti. l. contractus. 23. ff. de R. J.* Deinde ſpecialiter hæc deciſio in contractu locationis multis legibus comprobatur, quod videlicet vis major, quam Græci θεῦ βίαν appellant, non debet conductori eſſe damnoſa. *l. ſi merces. 25. §. vis major. 6. ff. locat. conduct.* Hinc Servius reſpondet: *Omnem vim cui reſiſti non poteſt, dominum colono præſtare debere. l. ex conducto. 15. §. 1. ff. eod.* Ideoque ſi cœli vel tempeſtatis vitio, ſolis fervore non adſueto, hoſtium incurſibus, incendiis repentinis, vel terræ motu, alioque ſimili caſu fatali, inſignis quædam calamitas vel ſterilitas fructuum contigerit, remiſſio mercedis a locatore ſeu domino prædii colono fieri debet. *l. ex conducto. 15. §. Papinianus. 4. ff. locat. conduct. l. licet. 8. & l. excepto. 18. C. eodem.*

Sed refragatur huic aſſertioni *l. 1. C. de locat. & cond.* ubi traditur, quod dominus vel locator horreorum non tenetur conductori præſtare effracturam latronum, ſi quid ab iis ex rebus depoſitis in horreis expilatum vel ſubreptum eſt. Reſp. Locator horreorum non tenetur effractis vel compilatis horreis præſtare damnum, niſi nominatim cuſtodiam promiſit, quo caſu damnum effracturæ præſtare debet, quia diligentiſſima cuſtodia damnum effracturæ præcavere potuit. *l. dominus. 55. ff. locat. conduct.* Furtum & effractura non ſunt caſus fortuiti, ſed ſubinde culpæ leviſſimæ adnumerantur, quia negligentia cuſtodientis committuntur. *l. cum duobus. 52. §. damna. 3. ff. pro ſocio. l. eum qui. 14. §. idem ſcribit. 6. ff. de furt.* Ideoque damnum furto illatum locatori imputabitur, ad quem ſpectat cuſtodia. *Sichard. ad d. l. 1. C. loc. num. 4.*

Secundo repugnat huic enunciato *l. damnum. 12. C. locat. & conduct.* ubi ſtatuitur, quod damnum illatum per aggreſſuram latronum in rebus propriis conductoris, pertinet ad conductorem, non ad locatorem. Reſp. ſub diſtinctione. Aut damnum contingit

git caſu fortuito vel vi majori in ipſa re locata vel fructibus rei locatæ, puta ſi fructus incurſu hoſtili auferantur, hoc damnum pertinet ad locatorem, & non ad colonum ſeu conductorem, cum ei propter tale damnum remittatur penſio locationis. *l. ex conducto.* 15. §. *ſi vis tempeſtatis.* 2. *ff. locat. conduct.* Aut damnum datur in rebus propriis coloni exiſtentibus in re locata, ſeu poſſeſſionibus locatis, & tale damnum pertinet ad ipſum colonum, neque hoc nomine tenetur locator. *d. l. domum.* ubi ita decidunt *Bart. Bald.* & *Salycet.*

ASSERTIO LXXII.

Contractus locationis & conductionis, tranſit ad heredes tam locatoris, quam conductoris.

Contractus locationis, ſive perpetuus ſit, ſive temporarius, tranſit etiam ad heredes conductoris, conductore intra tempora conductionis mortuo. *l. viam veritatis.* 10. *C. locat. & conduct. l. ſi in lege.* 24. §. *ult. ff. eodem.* §. *ult. inſt. de locat. & conduct.* Exempli gratia, ſi locator locavit colono fundum in quinquennium, & conductor decedat intra quinquennium, tranſit obligatio conductionis ad heredem conductoris, uſque ad tempus conductionis expletum.

Sed objicitur *l.* 4. *ff. locat. conduct.* ubi traditur, quod ſi locator locavit fundum, *quoad vellet*, morte ejus qui locavit, finiatur locatio. Ergo non tranſit locatio ad heredes. Reſp. Ideo hoc in caſu locatio morte locatoris finitur, quia facta eſt *quoad vellet locator.* Atqui voluntas hominis, vitæ ſuæ finibus, id eſt, morte terminatur.

Secundo graviter obſtat *l. ſi domina.* 10. *C. de uſufructu.* ubi morte ejus, qui conduxit uſumfructum, extinguitur conductio uſusfructus, nec tranſit ad heredes conductoris, licet mortuus ſit conductor intra tempora conductionis. Reſp. Aliud obtinet in conductione uſusfructus, quam proprietatis. Conductio proprietatis tranſit ad heredes conductoris, non vero conductio uſusfructus. Ratio diverſitatis eſt, quia conductio uſusfructus cenſetur facta ſecundum naturam, quam habet uſusfructus, prout eſt ſervitus perſonalis. Sicut enim uſusfructus finitur morte uſufructuarii, ita & locatione uſusfructus facta, finitur morte conductoris uſusfructus conductus, licet non ſit proprie uſusfructus conſtitutus in perſona conductoris, ſed commoditas quædam utendi fruendi, quæ ita finitur morte conductoris, ſicut uſusfructus morte fructuarii extinguitur. Ita declarat *Caſtrenſ. d. l. ſi domina.* quæ difficilis eſt; in qua *Hotomannus* emendat textum & pro iis verbis, *ei qua locavit*, legendum vult, *ei qua ſucceſſit*, per *l. ſi ſocrus.* 18. *C. de jur. dot.*

Assertio LXXIII.

Conductor ſi unius anni penſionem non ſolvit, poteſt expelli ex domo conducta.

Simplex conductor, qui nudam habet rei detentionem. *l.* 2. *C. de præſcript.* 30 *vel* 40 *annor.* ob non ſolutam etiam unius anni penſionem ſtatim expelli poteſt. Comprobatur hæc deciſio aperte per *l.* 3. *C. locat.* ubi dicitur, conductorem durante locatione expelli non poſſe æde conducta, ſi domino penſionem in ſolidum ſolvit. Ergo ſumto argumento a contrario ſenſu, ſi penſionem etiam unius anni non ſolvit, expelli poteſt. Sermo enim ſimpliciter prolatus de primo actu intelligitur, id eſt, unico actu perficitur, conſumitur atque finitur. *l. boves.* 89. §. *hoc ſermone.* 1. *ff. de V. S.* Quæ concluſio adeo vera eſt, ut etiamſi pactum in contractu locationis adjectum ſit de conductore non expellendo, tamen nihilominus expelli poſſit, ſi non ſatisfaciat penſioni; quia ſemper hæc conditio in pacto hoc adjecto locationi tacite ſubintelligitur, ſi penſioni conductor debito tempore paruerit. *l. quæro.* 54. §. *inter locatorem.* 1. *ff. locat. conduct.*

Sed huic deciſioni adverſatur *l. quæro.* 54. §. 1. *ff. locat. conduct.* ubi traditur, tum demum conductorem licite expelli poſſe de fundo conducto, ſi biennio continuo non ſolverit penſionem. Reſp. Quod ibi dicitur de biennio continuo, non ad legis deciſionem, ſed ad facti narrationem pertinet. hoc eſt, quod non oportet conductorem biennio ceſſaſſe in ſolutione mercedis, priuſquam de jure poſſit expelli, ſed quod hoc ita de facto evenerat, quod conductor integro biennio ceſſaverat ſolvere mercedem locationis, *Coraſ. ad l.* 2. & 3. *C. de jur. emph. num.* 1. licet vulgo DD. aliter eam legem accipiant.

Secundo opponitur *l. cum domini.* 56. *ff. locat. conduct.* ubi ſtatuitur, quod ſi biennii ſpacio non ſatisfaciat conductor penſionibus, tunc poteſt dominus pro ſecuritate penſionis aperire domum conductam, & per notarios deſcribere invecta & illata quæ ibi reperiuntur. Reſp. Iſtic non fit poſt biennium expulſio, ſed bona abſentis & per biennium non apparentis conductoris per notarium deſcribuntur; quod non tam cito nec temere fieri debet, cum detegere res alienas, & ſecreta patrimonii alterius pandere, durum & odioſum ſit. *l.* 2. verſ. *quid enim tam durum eſt. C. quand. & quibus quarta part debeatur. &c. l.* 2. *C. de alim. pupil. præſtand.*

Asser-

ASSERTIO LXXIV.

Fructuum perceptorum periculum ad colonum pertinet.

VEriſſima eſt Bartoli deciſio tradita in *l. ex conducto.* 15. §. 1. *ff. locat. conduct.* periculum perceptorum fructuum ad colonum, non vero ad dominum pertinere. Ratio eſt, quia per perceptionem & ſeparationem fructuum a ſolo factam colonus fructuum dominus eſt effectus. §. *is vero ad quem.* 36. *inſtit. de rer. diviſ. l. ſi apes.* 26. §. 1. *l. ſi ſervus.* 61. §. *locavi.* 8. *ff. de furt.* Æquum autem eſt, ut unuſquiſque rei ſuæ propriæ damnum & periculum agnoſcat. *l. damnum.* 12. *C. locat. & conduct. l. pignus.* 9. *C. de pign. act.* ubi traditur pro regula, quod quælibet res pereat ſuo domino.

Sed huic deciſioni adverſatur *d. l. ex conducto.* §. 2. verſ. *ſi qua tamen vitia.* 1. *ff. locat. conduct.* ubi hæc habentur verba: *Si qua tamen vitia ex re ipſa oriantur, hæc damno coloni eſſe, veluti ſi vinum coacuerit. Sed & ſi labes facta ſit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non eſſe.* Reſp. Illo loco vinum adhuc pendens & vitibus cohærens ſignificatur, id eſt, uva aut vindemia pendens, quæ adeo dura & cruda eſt, ut non poſſit ad maturitatem pervenire. Itaque non ſignificatur ibi vinum, quod jam a colono collectum eſt, & ex uvis expreſſum. Hoc enim vinum jam a colono factum & perceptum, ſi caſu aliquo fortuito, puta incurſu hoſtium ablatum, conſumptum aut etiam corruptum ſit, non ſuo vitio, coloni damnum & periculum eſt, adeo ut nec ob eam cauſam deductionem ullam mercedis a domino impetrare poſſit. Ita recte tradunt *Cujac. lib. obſ.* 26. *c.* 32. *Gail lib.* 2. *pract. obſerv. c.* 23. *num.* 13. *Coſtal. ad l. ſi merces.* §. *vis major. ff. locat. conduct.*

ASSERTIO LXXV.

Repreſſaliæ rite recteque conceſſæ, omni jure ſunt permiſſæ.

REpreſſaliæ ſive pignorationes in jure vocantur, quando pro alterius debito, alius ejuſdem regionis vel civitatis ſubditus convenitur: vel quando bona pro alterius debito capiuntur, & detinentur, ut ex iis pro alieno debito ſatisfiat. Exempli gratia: ſi Hiſpanus diripuerit alicujus Belgæ mercatoris merces, poterit ſpoliatus quem primum offenderit Hiſpanum pari jure diripere, ſeu bona ejus de facto occupare & detinere, ſi hoc a ſummo magiſtratu

giſtratu loci ſui impetraverit. Vocantur & repreſſaliæ in praxi *jus marqua*, vel *lettres des marques*; quia in limitibus potiſſimum exercentur repreſſaliæ. *Cujac. ad l. unic. C. ut null. ex vican. pro alien. vican. debit. teneatur.* Veteres Romani hiſtorici vocabant hoc jus repreſſaliarum ſive pignorationum *clarigationes. Gail in tractat. de pignorat. cap. 2. num. ult. c. unic. de injur. in 6. Livius lib. 8. hiſtor.* Repreſſalia eſt barbara vox, Latine pignoratio dicitur, & eſt jus alium, vel alius bona pro alterius damno vel debito capiendi, & detinendi. Quod hæ repreſſaliæ jure licitæ & permiſſæ ſint, probatur auctoritate juris civilis & canonici. Et quidem jure canonico permittuntur ex ſententia Auguſtini relata in *c. dominus. 23. quæſt. 2.* ubi ſtatuitur, quod *juſta bella ſolent definiri, quæ ulciſcuntur injurias, ſi gens vel civitas plectenda eſt, quæ vindicare neglexerit, quod a ſuis improbe factum eſt.* Si ergo bella contra eam gentem geri poſſunt, quæ juſtitiam facere negligit, conſequenter ſubditi illius domini, qui juſtitiam facere neglexit, capi & bona eorum auferri poſſunt. Secundo jure civili non eſſe prohibitas repreſſalias ex eo manifeſte liquet, quia ex ſpeciali privilegio conſtitutum eſt, ut ſtudioſi & clerici a repreſſaliis ſint exemti. *c. 2. de injur. in 6. auth. habita. C. ne fil. pro patre, &c.* Cum ergo hæ perſonæ tanquam privilegiatæ exceptæ ſint, ne patiantur repreſſalias; ſequitur in contrarium jure communi in omnibus aliis perſonis licitas eſſe repreſſalias, quia exceptio probat regulam in contrarium procedere in caſibus non exceptis. *l. 1. ff. de R. J.* & ibi *Dec.*

Opponuntur primo huic ſententiæ generales juris regulæ, quod *nemo debet alterius odio prægravari, neque alteri per alterum iniqua conditio inferri. l. non debet. 74. ff. de R. J. c. non debet. 24. extr. de R. J. in 6.* Præterea quod *pœna non debet egredi ſuum auctorem*, & quod *innocens non debet luere pœnam nocentis. Anima enim quæ peccavit, morietur. Ezech. 18. verſ. 4. Et unuſquiſque pro ſuo peccato mori debet. Deuter. 24. verſ. 16.* Unde & repreſſaliæ dicuntur ex prava conſuetudine introductæ. Reſp. Hæ pignorationes ſunt licitæ eodem modo, quo bellum ex juſta cauſa indicitur, & geritur. Recte enim *Bart. in tract. de repreſſ.* concludit, repreſſalias eſſe bellum quoddam privatum, quod gerit creditor cum omnibus civibus ſui debitoris. Itaque ſicut contra eam gentem, quæ juſtitiam facere recuſat, bella licite geri poſſunt; ita & repreſſaliæ contra eundem populum, qui debitum reddere negligit, concedi poſſunt, ne pereat juſtitia. Porro duabus demum cauſis concurrentibus repreſſaliæ de jure decerni poſſunt. Primo debet intervenire auctoritas ſummi Principis; nec enim poteſt privatus ſibi ſua auctoritate jus dicere. *l. extat. 13. ff. quod met. cauſ. geſt. erit.* Secundo tunc demum impetrari poſſunt repreſſaliæ, ſi ſuperior magiſtratus offendentis juſtitiam facere recuſat. Nam propter delictum magiſtratus juſtitiam facere recuſantis ſicut

bellum,

bellum, ita & repreſſaliæ indici poſſunt contra omnes ejus ſubditos. *auth. ſi vero dominus. C. de haret.* fac. *l. ſi alius. 7. §. belliſſime. 3. ff. quod vi aut clam.* ubi dicitur, ſi quis judicis copiam habere non potuit, poteſt in ſuo vi aut clam ædificatum propria auctoritate deſtruere.

Secundo adverſatur *novell. 52.* & *novell. 134. §. cum vero.* & *auth. ſed omnino. C. ne uxor pro marit. &c. l. unica. C. ut null. ex vican. pro alt. vic. deb. conven.* In quibus locis ſtatuitur, quod qui repreſſalias contra aliquem exercet, in quadruplum paſſo reddere teneatur, & præterea ab actione, qui talia attentare præſumſerit, cadat. Reſp. Iſtis in locis tantum repreſſaliæ prohibentur, quæ ſine juſta cauſa a legibus conceſſa, & debito modo non ſunt intentatæ. Ita enim expreſſe diſponitur in *novell. 52. ut abſque legitima cauſa nemo ex pignorationibus pro alieno debeat contumeliam, aut damnum ſuſtinere.* Porro ut licite exerceantur repreſſaliæ, tria debent intervenire. Primo quod adſit juſta cauſa, puta quod damnum ſpoliato vel injuria ſit illata. *Menoch. de arbit. jud. cent. 6. quæſt. 527. num. 9.* Secundo requiritur, quod dominus vel Princeps loci, in quo illata fuit injuria, vel damnum datum, requiſitus fuerit a ſpoliato ipſo, vel damnum & injuriam paſſo, ut reſarciat ſibi damnum & injuriam illatam, iſque neglexerit facere juſtitiam. *Bart. in tract. de repreſſ. quæſt. 1. num. 4.* Tertio exigitur, ut repreſſaliæ concedantur adhibito conſenſu & auctoritate Principis ejus loci, cui damnum paſſus ſubjectus eſt. Non enim poterit damnum paſſus ſua auctoritate repreſſalias exercere, neque permiſſum eſt privato creditori, ſua ſponte has pignorationes facere. §. 2. *novell. 52.* Plura qui de repreſſaliis cognoſcere cupit, conſulat *Bart. in tract. de repreſſ. Bald. ad auth. omnino. C. ne uxor pro marit. &c. Menoch. d. loco. Gail in tract. de pignorat. c. 1. 2.* & *3. Cujac. ad tit. C. ut null. ex vican. pro alt. vic. deb. conven. Jacobum de Canibus in tractat. de repreſſal. Petrum Gregorii libro 38. ſyntagm. jur. c. 8.* & *11. Afflictum* in commentar. *ad conſtit. Neapolit. rubr. 8. de cultu pacis. Guidonem Pap. in deciſ. Gratia nopolit. quæſt. 32.*

ASSERTIO LXXVI.

Bona minorum non cenſentur tacite hypothecata pro penſione domus.

Sicut bona minoris 25 annorum alienari non poſſunt abſque decreto prætoris, & cauſæ cognitione. *l. lex quæ tutores. 22. C. de admin. tutor. &c. l. magis puto. 5. §. 1. ff. de rebus eorum qui ſub tut. &c.* ita & pignori obligari non poſſunt; nam & hæc alienationis ſpecies eſt. *l. magis puto. 5. §. ſi pupillus. 2. l. ſi pupillorum. 7. §. 1. l. penult. §. quanquam. ff. de reb. eor. qui ſub tut. &c. d. l. lex quæ tutores.* in verbis *vel pignorare.* Hinc quæritur, an bona minoris ſint

ſint tacite obligata pro penſione domus conductæ. Et verior eſt ſententia, bona minoris non cenſeri tacite obligata pro penſione domus. Ita ſtatuunt *gloſſ.* & *Bart. in l.* 4. *ff. de pact.* Quod ea ratione confirmatur, quia ſicut expreſſe bona minoris non poſſunt obligari ſine decreto prætoris, ita nec tacite obligari poſſunt. *d. l. lex quæ tutores. d. l. magis puto.* verſ. *non paſſim.* Similiter inito contractu dotis bona hinc inde ſunt tacite obligata. *l.* 1. §. 1. *C. de rei uxor. act.* Sed bona minoris promittentis vel recipientis dotem non poſſunt tacite obligari ſine decreto judicis. *l. Titia.* 62. *ff. de jur. dot. l. unic. C. ſi adverſ. dot.* Unde pari ratione dicendum eſt, in hoc caſu tacitam hypothecam non induci in bonis minoris invectis & illatis in prædium conductum vel domum conductam.

In contrarium adfertur, quod ceſſante ratione legis, ceſſat & ipſa lex. Atqui ut bona minoris ſine decreto prætoris obligari non poſſint, ea ratione ſtatutum eſt, quod ignari imperitique rerum facile decipi poſſunt. At hæc ratio ceſſat in hoc caſu, quandoquidem minor prædium vel domum conducens non decipitur, cum faciat id quod diligens paterfam. faceret. Reſp. Licet minor xxv annis poſſit domum conducere, attamen ex conductione facile decipi potuit, ſi vel carius conducat, quam diligens paterfamilias conduxiſſet, vel ſi forte conduxit nimis amplam domum, & ſuæ tenuitati non convenientem.

Secundo refragatur huic ſententiæ *l.* 1. in fin. & *l.* 2. *ff. de reb. eor. qui ſub tut. &c.* quibus probari videtur tacita hypotheca in bonis minoris ſine decreto magiſtratus, etſi expreſſa prohibita ſit. Reſp. Illa lex loquitur, quando minor emit bona a fiſco, & obligatione expreſſa, quod ſcilicet poſſit minor pro pretio obligare fiſco rem ab eo emtam, ideoque minoris bona obligantur fiſco, favore fiſci. Cujus ſententiæ ratio eſt, quod lex inducit tacitam obligationem bonorum ejus, qui cum fiſco contrahit. *l.* 2. *C. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* Sed in caſu noſtro non eſt cautum bona minoris tacite obligari pro penſione domus conductæ.

Tertio adverſatur, quod *d. l. lex quæ tutores.* 22. *C. de adminiſt. tut. &c.* & leges in duobus illis titulis *ff. de rebus eor. qui ſub. tut. &c.* & *C. de præd. minor. ſine decr. non alien.* loquuntur de voluntaria obligatione, quod in illa requiratur judicis decretum; at diverſum obtinet in legali obligatione & hypotheca neceſſaria, quæ ſine ſolennitatibus judicialibus expediri poteſt. Huc facit, quod conſuetudo regionis, quæ circa bona verſatur, obligat tam minores quam majores. *l. ſine hered.* 32. *Lucius.* 6. *ff. de adminiſtr. & peric. tut. &c.* Reſp. Ex quo legibus ſancitum eſt, bona minoris non obligari ſine decreto judicis, licet deinde certis in caſibus cautum ſit, ſimpliciter bona cenſeri hypothecata, non tamen intelligitur, quod etiam bona minoris ſine decreto cenſeantur oppignorata. Nam lex generaliter loquens non derogat his, quæ ſpecialiter certæ

per-

perſonæ ratione conſtituta ſunt. *gloſſ. in auth. de hered. ab inteſt.* in verb. *vacantibus.* Hanc ſententiam, quod bona minorum non cenſeantur tacite obligata pro penſione domus, ſine decreto prætoris, & cauſæ cognitione, approbant *Accurſ.* & *Bart. ad l. 4. ff. de pact.* & erudite defendit *Menoch. remed. 3. adip. poſſ. q. 9. n. 82.*

ASSERTIO LXXVII.

Pactum legis commiſſoriæ in pignoribus eſt reprobatum.

PActum legis commiſſoriæ in pignoribus a legibus repudiatur, ſcilicet ut debitore ad diem præſtitum non ſolvente, pignus maneat creditoris pro debito. Probatur hæc concluſio in *l. ult. C. de pact. pign.* Cujus deciſionis hæc eſt ratio, quia debitor inopia pecuniæ preſſus, tam dura & inhumana pacta facile contra ſe admittit, ut ſcilicet, ſi ad certum tempus debitum non ſolvat, pignus cedat creditori in ſolutum pro debito, quod pactum, quia inhumanum & iniquum eſt, merito non eſt ſervandum.

Sed adverſatur *l. ult. ff. de contr. empt.* ubi valet pactum legis commiſſoriæ in pignore interpoſitum. Reſp. Valet hoc pactum, ſi inter debitorem & fidejuſſorem, qui pro eo fidem ſuam adſtrinxit, interponatur, inter debitorem vero & creditorem tale pactum jure reprobratur.

Secundo repugnat *l. 1. C. de pact. pign. &c.* & *l. ſi fundus. 16. §. ult. ff. de pign.* ubi pactum valet initum inter debitorem & creditorem, ut *niſi ad conventum tempus debitor ſolvat debitum creditori, tunc cedat illi res oppignorata pro debito.* Reſp. Eatenus demum valet iſta pactio, ut res pro debito oppignorata cedat creditori, juſto ſcilicet pretio æſtimata, quo caſu conditionalis quædam pignoris venditio contrahitur inter debitorem & creditorem. Res enim tunc æſtimatur a judice, aut alio viro bono, neque debitor aut creditor læditur. Ita diſtinguit *Menoch. remed. 5. adip. poſſ. q. 8. Molin. de uſur. quæſt. 52. num. 357.* Vide latius & exactius de hac diſputatione *Bart.* & *Coſtal. ad l. Titius. ff. de pign. act. Pacium ad l. 4. C. de pign. act.*

Tertio opponitur *l. ult. C. de diſt. pign.* ubi ſtatuitur, valere pactum inter creditorem & debitorem initum, ut *ſi ex venditione pignoris plus percipiat creditor quam ei debebatur, hoc cedat lucro creditoris.* quod videtur ſapere naturam pacti legis commiſſoriæ, eo quod pignus acquiritur creditori pro debito, licet pignus valeat pluris quam debitum. Reſp. Juſta eſt conventio, ſi convenerit, ut quod ex pignoris venditione redegerit creditor, id omne ſibi proprium habeat propter incertum eventum conditionis; ſicut e contrario, ſi vel minimum redegerit ex venditione pignoris, eo con-

contentus eſſe cogitur creditor in crediti vicem. *l. a Divo Pio* 15. §. 3. *ff. de re jud.* At non ita pactum legis commiſſoriæ in pignoribus admittitur tot. *tit. C. de pact. pign. & de lege commiſſ. in pign. reſcind.* Ita notat *Cujac. in paratit. ad tit. C. de pact. pignor.*

ASSERTIO LXXVIII.

Creditori non licet propria auctoritate auferre pignus.

REgula in jure prodita extat, quod creditor rem debitoris ſeu pignus ex proprio arbitrio auferre non poteſt, ob debiti cauſam, quæ proponitur in *l. penult. C. de pign. act.* Licet itaque res debitoris creditori ſint pignoratæ, tamen non poteſt creditor eas propria auctoritate invadere & auferre, ſed tenetur vi bonorum raptorum in quadruplum, ſi res ſint mobiles. *l.* 3. *C. vi bonorum raptorum.* Ratio eſt, quia creditor non debet ſibi jus dicere, ſed judicis auxilium implorare. *l. negantes.* 9. *C. de obl. & act. l. penult. C. de conven. fiſc. debitor.* Adduntur in *d. l. penult. C. de pign. act.* duæ exceptiones. Prima eſt, niſi pacto aliud inter debitorem & creditorem convenit, quia licet ita paciſci, ut aliquis ſua auctoritate poſſeſſionem rei nanciſcatur. *l. penult. ff. de ſerv. export. &c.* Altera exceptio eſt, niſi juſſus præſidis ſeu auctoritas magiſtratus interveniat, ut quia miſſus eſt creditor in poſſeſſionem rei ſervandæ cauſa, ita ut conſtituatur ei pignus prætorium.

Sed opponitur *l.* 3. *C. de pignor.* ex qua colligitur, non eſſe has duas, ſed unam exceptionem; nam etſi creditor pactus ſit, ut liceat ſibi propria auctoritate in poſſeſſionem rei pignoratæ ingredi, tamen judicem adire debet, & ejus auctoritate poſſeſſionem ingredi. Reſp. Verbum *debet* ſignificat ibi honeſtatem quandam, non autem neceſſitatem juris; ut ſenſus legis ſit, quod creditor poſſit quidem ex pacto ſine judice poſſeſſionem rei obligatæ ingredi, rectius tamen faciat, ſi adhibeat auctoritatem judicis. *Pacius ad l. penult. C. de pign. act. gl. l. in d. l.* 3. *C. de pign.* ubi exponit verbum *debent*, pro *poſſunt*. per *l. obſervare.* 4. *ult. ff. de off. proconſ.* ut ſit ſenſus: creditores ex pacto poſſunt quidem propria auctoritate ingredi poſſeſſionem pignoris, ſed tamen ex honeſtate & urbanitate adhibere debent auctoritatem præſidis; poſſunt tamen & ſuo jure id facere, ſi velint per text. ſing. & notab. in *l. ſi pupillorum.* 7. §. 1. in verb. *tutius. ff. de reb. eor. qui ſub. tutel. &c.*

Secundo objicitur *l. penult. ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* & *l. utique.* 34. *ff. de damno infect.* ubi dicitur, quod abſque ullo pacto & judicis auctoritate, dominus ædium locatarum poteſt præcludere, & retinere res inquilini. Unde videntur inanes eſſe exceptiones hic traditæ, & falſa eſſe prædicta regula. Reſp. Diſtinguendum eſt inter ablationem & retentionem hypothecæ. Creditor enim

non

non poteſt res pignoratas auferre, ſed retinere eas poteſt, donec ſibi ſatisfiat de debito. Nec mirum, quod retentio facilius admittatur, quam ablatio: nam etiam facilius admittitur retentio pignoris, quam actio hypothecaria. *l. 1. ff. de pignor. l. unic. C. etiam ob chirograph. pecun. pign. teneri. Pacius ad d. l. penult.*

ASSERTIO LXXIX.

In pignore prætorio non attenditur prioritas temporis, ſed bene in judiciali pignore.

IN pignore prætorio non obſervatur privilegium temporis inter eos creditores, qui ejuſdem conditionis ſunt & tituli; permittitur enim illa miſſio in rem, non in perſonam. Itaque in pignore prætorio non is præfertur, qui prius miſſus eſt in poſſeſſionem, ſed miſſio illa proficit omnibus creditoribus, videturque miſſus non ſibi, ſed omnibus creditoribus poſſidere. *l. cum minus.* 12. *ff. de reb. auct. jud. poſſ. vel vendend. l. is cui.* 5. §. *ſi plures.* 2. verſ. *alia eſt cauſa. ff. ut in poſſeſſ. leg. &c.* Contra in judiciali pignore, quod exequendæ rei judicatæ cauſa captum eſt, ſicut in conventionali pignore, privilegium & ordo temporis ſpectatur. Itaque in pignore judiciali is potior eſt, cujus nomine prius captum eſt pignus, ex cauſa judicati. *l. ſi & jure.* 10. *ff. qui pot. in pign. &c.* In hoc pignore judiciali ordo temporis attenditur, quia hoc pignoris genus conſtituitur in perſonam; illud autem prætorium pignus in rem conſtituitur, & generaliter omnium creditorum cauſa, ideoque in eo non eſt prælationi locus.

Sed objicitur huic deciſioni *l. 3. C. qui pot. in pign. hab.* ubi ſtatuitur, quod reſpub. miſſa in poſſeſſionem bonorum ſui debitoris, præfertur jure pignoris aliis creditoribus. Reſp. Ideo reſpublica Heliopolitanorum miſſa in poſſeſſionem ſervandi judicati cauſa, præfertur chirographario creditori, quia & reſpub. non miſſa hoc privilegium habet, ut omnibus chirographariis creditoribus præferatur. *l. penult. ff. de reb. auct. jud. poſſ. vel vendend.* Itaque non eſt reſpublica ejuſdem conditionis, cujus cæteri creditores, & miſſio in poſſeſſionem prodeſt tantum iis creditoribus, qui ſunt ejuſdem conditionis & tituli.

Secundo adverſatur *l. 2. C. qui pot. in pign. hab.* ubi fideicommiſſarii prius miſſi in poſſeſſionem fideicommiſſi ſervandi cauſa, præferuntur illis, qui judicati ſervandi cauſa poſterius in eadem bona miſſi ſunt, & ſic in pignore prætorio obſervatur etiam ordo temporis. Reſp. in *d. l. 2.* miſſi in poſſeſſionem, fideicommiſſarius puta & creditor non ſunt ejuſdem conditionis. Atqui in pignore prætorio omnium creditorum eadem eſt poteſtas, ſive prius ſive poſterius miſſi ſint, quando creditorum omnium eadem

eſt conditio. Ita eleganter explicat *Cujac. lib. obſ. 5. c.* 30. & *lib.* 9. *c.* 37. Diſſentit perperam *Coſtal. in d. l. ſi & jure. ff. qui pot. in pign. hab.*

Assertio LXXX.

Illata & invecta a ſecundo conductore in ædes conductas primo locatori tacite obligata cenſentur tantum pro ea ſumma, qua ipſe conduxit; & ſecundus conductor primo locatori ſolvendo liberatur.

Utraque hujus deciſionis pars probatur expreſſo textu in *l. ſolutum.* 11. §. *ſolutam.* 5. *ff. de pign. act.* ubi traditur, quod bona illata & invecta a ſecundo conductore in ædes conductas, primo locatori tacite pignori obligata cenſentur, pro ea tamen parte tantum, quam ſecundus conductor conduxit. Additurque in eodem §. verſ. *unde ſi.* quod ſi ſecundus conductor primo locatori ſolverit, quod hæc ſolutio illi proficiat ad liberationem.

Sed contra priorem partem theſis opponitur hoc argumentum. Hypotheca non poteſt eſſe ſine principali oligatione. *l.* 5. *ff. de pign. l. fidejuſſor.* 16. in princ. *ff. de fidejuſſ.* Sed ſecundus conductor non eſt perſonaliter obligatus primo locatori, quia cum eo non contraxit. Ergo nec bona ejus ſunt ei pignori obligata. Reſp. Licet ſecundus conductor non ſit obligatus primo locatori perſonaliter, tamen primus conductor ei obligatus eſt, & bona iſtius ſecundi conductoris ſunt tacite obligata pro debito primi conductoris. At vero cum omnia bona primi conductoris ſint tacite obligata primo locatori, iſta tacita obligatio extendit ſe etiam ad nomen ſecundi conductoris. Itaque bona ſecundi conductoris in ædes conductas illata, pro parte quam ſecundus conduxit, ſunt obligata primo locatori.

Secundo adverſatur *l. Pomponius.* 5. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* ubi dicitur, quod bona illata & invecta ab eo, qui ædes conductas a primo conductore accepit, non ſunt obligata primo locatori. Reſp. Ibi domus non fuit alteri inquilino locata, ſed fuit ſecundo habitanti gratis conceſſa, ideoque bona ejus non cenſentur tacite oppignorata primo locatori pro mercede domus, cum nullam mercedem debeat.

Tertio objicitur *l. ſi in lege.* 24. §. *ſi colonus.* 4. *ff. locat. conduct.* ubi bona ſecundi conductoris non cenſentur domino fundi ſeu primo locatori tacita obligata. Reſp. Sub diſtinctione. Aut inquilinus conduxit prædium urbanum: aut colonus conduxit prædium ruſticum. Primo caſu bona inquilini invecta & illata in prædium urbanum, taci-

tacite domino prædii obligantur. *l.* 4. *ff. de pact.* *l.* 4. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* Ideoque & bona ſecundi conductoris tacite ei ſunt obligata. *l. ſolutum.* 11. §. *ſolutam.* 5. *ff. de pign. act.* Secundo caſu bona coloni illata & inducta in prædium ruſticum tacite domino prædii non obligantur, niſi accedat expreſſa conventio. *l.* 4. & 7. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* Ergo & bona ſecundi conductoris invecta in prædium ruſticum, non cenſentur tacite primo locatori ſeu domino fundi obligata. *d.* §. *ſi colonus.*

Scundæ parti theſis videtur obſtare *l. ſi opera.* 6. verſ. *idem eſt. ff. de except. doli mali & metus.* & *l. invito.* 12. *C. de ſolut.* ubi traditur, quod non liberatur debitor, qui ſolvit creditori creditoris ſui. Diſtinguendum. Aut ille creditor habet bona mea obligata, & tunc recte ei ſolvo; poſſum enim cogi, ut ei ſolvam, eo quod nomen meum ſeu debitum ipſi eſt obligatum. *l. nomen.* 4. *C. quæ res pign. obl. poſſ. &c.* Aut creditor creditoris mei non habet bona mea obligata, & tunc non recte ei ſolvo.

ASSERTIO LXXXI.

Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poteſt.

Conſtituitur in *l. unic. C. etiam ob chirograp. pec. retin. poſſ.* quod ſi debitor ſub pignore alicui pecuniam debeat, & ſimul eidem creditori aliam pecuniam debeat ſine pignore, ſolo chirographo tantum promiſſam, quæ dicitur pecunia chirographaria, quod hoc caſu creditor habeat retentionem pignoris, non ſolum in eam ſummam, pro qua pignus obligatum eſt, ſed etiam in omne aliud debitum, quod ab eodem debitore ſine pignore ſibi debetur.

Huic deciſioni obſtat. *l. per retentionem.* 4. *C. de uſuris.* ubi ſtatuitur, quod ſi debitor fundum in ſortem & uſuras minores obligaverat, & poſtea majores uſuras nudo pacto ſine pignore promiſerat, quod in majores uſuras pignus iſtud retineri non poſſit. Reſp. Pro ea tantum chirographaria pecunia, quæ vere & efficaciter debetur, pignus retineri poteſt, qualis eſt pecunia mutua. Quod indicant illa verba textus in *d. l. unic. niſi pro illa etiam ſatisfecerint, quam mutuam acceperunt.* Diverſum eſt in uſuris pacto tantum promiſſis, quæ quia naturaliter tantum debentur, pro illis pignus pro alio debito acceptum retineri non poteſt.

Secundo adverſatur huic conſtitutioni *l. ſolutum.* 11. §. *ſi in ſortem.* 3. *ff. de pign. act.* ubi traditur, ſi debitor debeat ſortem & uſuras, & pro una tantum ſumma ex iis pignus obligavit, ea ſumma ſoluta, pignus in alteram ſummam non tenetur, ſed ſtatim in una quantitate ſoluta, pro qua debitor pignus obligavit, competit ei pignoratitia actio ad pignus repetendum. Reſp. Quod dicitur in *d. l.*

unic. pignus pro una ſumma acceptum pro altera ſumma retineri poſſe, hoc ſic accipiendum eſt, ſi altera ſumma poſtea ſine pignore credita ſit. Verum ſi cum pignus in unam ſummam dabatur, utraque ſumma jam debebatur, ut accidit, cum ſors & uſuræ deberentur, tunc obtinet, quod dicitur in *d.* §. *ſi in ſortem.* ut pignus in unam ſummam acceptum, pro altera retineri non poſſit. Quod optima ratione introductum eſt. Qui enim, cum ſibi ex pluribus cauſis diverſæ ſummæ deberentur, pro una tantum ſumma ex iis cautionem vel pignus accepit, pro altera ſumma omiſſa pignus ſibi pepigiſſe non cenſetur. arg. *l. ſi cum dotem.* 22. in princ. *ff. ſolut. matr. l. maritus.* 21. *C. de procur.* Ita eleganter & ſolide tradit *Donell. ad d. l. unic. C. etiam ob chirogr. pecun. pignus retin. poſſ.* Aliter reſpondet *Cujac. lib. obſerv.* 15. *c.* 22. & *lib.* 19. *c.* 27.

ASSERTIO LXXXII.

Generalis hypotheca prioris creditoris præfertur ſpeciali poſterioris.

PRo regula inter creditores de prælatione pignoris certantes obſervatur, quod *qui prior eſt tempore*, ſeu qui prius pignus & hypothecam accepit, *potior ſit jure. l.* 2. & 4. *C. qui pot. in pign. hab. l.* 11. & 12. *ff. eod.* ubi generalis regula traditur, *quod quoties plures creditores de pignore contendunt, tunc is potior eſt jure, qui pravenit tempore.* hoc eſt, qui prius credidit pecuniam, & pignus accepit. Quod adeo verum eſt, ut etiam is qui prius generalem hypothecam accepit in omnibus bonis debitoris, & alius poſtea in certis bonis hypothecam accepit ſpecialem, tamen nihilominus is cui primo bona generaliter ſunt pignori obligata, præferatur etiam poſteriori creditori in bonis ſpecialiter ſibi pignori obligatis. textus ſunt expreſſi in *l. ſi generaliter. 6. C. qui pot. in pign. hab.* & *l. qui generaliter. 2. ff. eodem.*

Verum cum *d. l.* 2. *ff. qui pot. in pign. &c.* graviter pugnat *l.* 2. *C. de pignor.* ubi dicitur, quod ſi primus creditor ex cæteris bonis pecuniam ſuam ſervare poteſt, ſecundo creditori bona ſpecialiter pignori obligata non aufert. Reſp. Quod dictum eſt, quod primus creditor qui generalem hypothecam habet, præferatur ſecundo creditori in rebus ſpecialiter ſibi pignori obligatis, hoc eſt verum, ſi pure & ſimpliciter generalis hypotheca eſt conſtituta. *d. l.* 2. *ff. qui potior. in pign. &c.* Cæterum ſi quædam bona ſunt ſpecialiter obligata primo creditori, & ei obligationi ſubjecta eſt generalis hypotheca, non pure & ſimpliciter, ſed ſub conditione, ſi ex ſpeciali hypotheca creditor indemnitatem conſequi non poterit, opus erit diſtinctione. Nam aut ſpecialis hypotheca non ſufficit exſolvendo debito, & tunc præfertur primus creditor in generali hypotheca

theca omnibus poſterioribus creditoribus. Aut ſufficit ſpecialis hypotheca ſolutioni debitæ pecuniæ, & tunc poſteriores creditores reſpectu earum rerum, quæ ſibi ſunt obligatæ, non tam ſunt potiores, quam ſoli. *l.* 2. verſ. *quod ſi ea. ff. qui pot. in pign. &c.* & *l.* 2. *C. de pign.* Sed etſi primo quædam ſpecialiter, & univerſa bona generaliter fuerint obligata, nulla adjecta conditione, tamen juriſdictio ita temperanda eſt, ut ſi creditor ex ſpecialiter obligatis bonis univerſum debitum conſequi poſſit, removeatur a petitione earum rerum, quæ aliis poſtea ſpecialiter ſunt obligatæ. *l.* 2. *C. de pignor.* quia tacite hoc actum videtur, ut non aliter generali hypotheca utatur, quam ſi ſpecialis non ſufficiat.

Secundo objicitur *l. idemque.* 7. §. 1. *ff. qui pot. in pign. &c.* ubi traditur, quod ſi primo alicui omnia bona generaliter ſint obligata, & deinde alteri creditori ſpecialiter fundus obligetur, quod uterque creditor concurrat in pignore fundi obligati. Ergo prior creditor habens generalem hypothecam, non præfertur poſteriori creditori habenti ſpecialem hypothecam. Reſp. Ibi ſimul & eodem tempore debitor uni creditori omnia ſua bona generaliter obligavit, & alteri creditori ſpecialiter fundum pignori dedit, quo caſu pares ſunt creditores tanquam tempore concurrentes. Aliud dicendum eſt, ſi debitor diverſis temporibus alteri generaliter bona ſua obligavit, alteri vero ſpecialiter fundum: tunc enim prior creditor habens generalem hypothecam præfertur poſteriori, etiam in fundo ſpecialiter illi obligato. *gl. in d. l. idemque.* §. 1.

Poſtremo notandum, quod hæc regula, quod creditor prior tempore præferatur in pignore, non procedat, ſi creditores tempore poſteriores habeant ſpeciale aliquod privilegium, cujus reſpectu prioribus creditoribus hypothecariis præferuntur. Tales ſunt primo, creditores qui in refectionem domus pecuniam crediderunt: hi enim privilegium habent, ut prioribus creditoribus expreſſam hypothecam habentibus præferantur. *l. ſi ventri.* 24. §. 1. *ff. de reb. auct. jud. poſſ. vel vendend. l. creditor.* 25. *ff. de reb. cred. l.* 1. *ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* Secundo, pupillus licet tempore poſterior, priori creditori expreſſam hypothecam habenti præfertur. *l.* 1. *l. idemque.* 7. *ff. qui pot. in pign. &c. l. ult. ff. de tut. & rat. diſtr. &c. l.* 3. *ff. de reb. eorum qui ſub tutel. &c.* Tertio, mulier dotem repetens, præfertur aliis creditoribus tempore prioribus, tam expreſſam quam tacitam hypothecam habentibus, in bonis mariti, quæ illi tacite pro dote recuperanda ſunt obligata. *l. aſſiduis.* 12. *C. qui pot. in pign. hab.* Quarto & ultimo, Fiſcus licet tempore poſterior, præfertur prioribus creditoribus in bonis poſt fiſci obligationem quæſitis. Alias privatus creditor prior tempore præfertur fiſco poſteriori in bonis quæſitis ante obligationem fiſci. *l. ſi quis.* 28. *ff. de jur. fiſc. l.* 8. *ff. qui pot. in pign. &c. Cujac. lib. obſ.* 10. 22. *Connan. lib.* 4. *comm. c.* 17. *num.* 7.

Assertio LXXXIII.

Uſura eſt acceſſio ſortis ſeu quantitatis.

HÆC definitio uſuræ confirmatur reſcripto Alexandri Imp. videlicet per *l. frumenti.* 12. *C. de uſur.* ubi ſtatuitur, *frumenti vel hordei mutuo dati acceſſiones ex nudo pacto eſſe praſtandas.* quo loco per *acceſſonem* uſura intelligitur. Porro *uſura* non ſignificat quamvis acceſſionem, ſed talem acceſſionem, quæ fit ad ſortem ſeu quantitatem. *Sortis* ſeu *quantitatis* nomine intelligunt JC. non tantum pecuniam numeratam, verum res omnes, quæ mutuam functionem in ſuo genere recipiunt, & quæ pondere, numero & menſura conſtant, ut ſunt vinum, oleum, frumentum. *l.* 2. §. *ult.* & *l. ſeq. ff. de eo quod cert. loc. l.* 2. §. *creditum.* 3. *ff. de reb. cred.* Pro hiſce rebus fungibilibus mutuo datis recte exiguntur uſuræ. Et quod pro nummis uſuræ exigantur, probatur per *l.* 1. 2. 3. & paſſim per totum *tit. C. de uſur.* Quod vero ad hordeum vel frumentum uſura accedat, indicatur in *d. l. frumenti. C. de uſur.* Denique in *l. oleo.* 23. *C. de uſur.* Imper. Philippus reſpondet, *oleo vel quibuſcunque fructibus mutuo datis, uſuras deberi.*

Sed obſtat huic deciſioni *l. pro auro.* 25. *C. de uſur.* ubi Imp. Conſtantinus ſancivit, *pro auro & argento, & veſtibus licitas ſolvi vel promitti uſuras.* Ibi apparet pro veſtibus licite uſuras ſolvi, cum tamen veſtes non ſint quantitates. Unde male definitur, uſuram eſſe acceſſionem ad ſortem ſeu quantitatem. Reſp. Pro veſtibus uſuræ ſolvi vel promitti poſſunt, quando hoc agitur inter contrahentes, ut veſtes æſtimatæ dentur, ita ut pecunia reddatur, quo caſu pro veſte ita data, ut pecunia reddatur, licite uſura ſolvitur & promittitur. Idem dicendum eſt, ſi non veſtes, ſed aliæ quæcunque ſpecies dantur, & pecunia redditur. Sic in *l.* 3. §. *ult. ff. de uſur.* traditur, *auro vel argento facto legato uſuras deberi, ſi teſtator materiam iſtam ideo reliquit, ut ea diſtracta, & pecunia inde redacta, legata ſolverentur. Si vero teſtator ideo aurum vel argentum reliquit, ut legatarius hiſce vaſis & ſcyphis uteretur, non ſine rubore deſiderabuntur uſuræ, ideoque nec exigentur.*

Secundo adverſatur *l. cum quidam.* 17. §. *fin. ff. de uſur* ubi deciditur, heredes qui ſtatuas vel imagines reipub. legatas non poſuerunt, uſuras trientes reipub. pendere debere. Atqui ſtatuæ & imagines non ſunt quantitates. Unde colligitur, quod non in ſolis quantitatibus, ſed etiam in corporibus & ſpeciebus uſuræ locum habeant. Reſp. Statuis vel imaginibus reipub. legatis, pecunia legata cenſetur, ex qua ſtatuæ vel imagines confici poſſunt. *l. ſi legatum.* 5. *ff. de oper. publ.* Ideoque ſtatuis vel imaginibus non poſitis tempore a præſide præfinito, propter moram præſtantur uſuræ

uſuræ reipub. uſque ad tertiam centeſimæ, hoc eſt, uſuræ trientes.

Tertio obſtat *l. 1. ff. de naut. fœn.* ubi non modo pecuniæ, ſed etiam mercium ex pecunia comparatarum uſuras ſolvi Ulpianus ſcribit. Reſp. Ibi non penduntur uſuræ mercium tanquam corporum, ſed tanquam quantitatis & æſtimationis, ita ut uſuræ pendantur pretii, quo merces ſunt æſtimatæ.

Assertio LXXXIV.

Uſuræ debentur ex mora in bonæ fidei contractibus

Hæc deciſio multis JCtorum reſponſis & conſtitutionibus Principum paſſim confirmatur. Sic enim *Martianus* inquit *in l. mora. 32. §. in bonæ fidei. 2. ff. de uſur. In bonæ fidei contractibus uſuræ ex mora debentur.* Similiter *Paulus* reſpondet *in l. cum quidam. 17. §. ex locato. 4. ff. eodem. eum qui ex locato convenitur, ex mora uſuras præſtare debere.* Præterea a Gordiano Imperat. reſcriptum eſt, *uſuras in depoſiti actione, ſicut in cæteris bonæ fidei judiciis ex mora venire.* Porro debitor præſtat uſuras ex mora in bonæ fidei contractibus, non vero in ſtricti juris contractibus, & propterea Impp. & JC. in reſcriptis & reſponſis ſuis nominatim bonæ fidei contractuum mentionem faciunt, ut oſtendant in contractibus ſtrictis ex mora uſuras non deberi.

Sed in contrarium adducitur *l. Titia. Sejo. 87. §. 1. ff. de legat. 2.* & *l. minorum. 3. C. in quib. cauſ. in int. reſt. non eſt neceſſ.* ubi traditur, quod *legatorum etiam & fideicommiſſorum uſuræ ex mora debentur*, quæ ſunt ſtricti juris judicia. Ideoque in ſtrictis negotiis uſuræ quoque ex mora debentur. Reſp. Ab hac regula, qua dicimus uſuras in bonæ fidei contractibus venire, non in negotiis ſtrictis, excipienda ſunt legata & fideicommiſſa, quorum natura licet ſtricta ſit, tamen nihilominus ex iis uſuræ ex mora debentur. Ratio ejus juris eſt favor ultimarum voluntatum: in legatis namque & fideicommiſſis major bona fides exigitur, quam in aliis negotiis ſtrictis: idque ideo receptum eſt, ut ultimæ defunctorum voluntates, quibus jura ut plurimum favent, quam pleniſſime conſerventur, & quam citiſſime ad exitum perducantur. Fac. *l. uſuræ. 34. ff. de uſur.* ubi dicitur, quod, quod ad uſuras & fructus attinet, legata & fideicommiſſa, bonæ fidei judiciis & actionibus comparantur.

Secundo graviter adverſatur *l. 1. §. 1. ff. de uſur.* & *l. 5. C. de act. empt.* In *l. 1.* docet Papinianus, *ſocium qui pecuniam communem invaſit, & in uſus ſuos convertit, omnimodo etiam mora non interveniente debere præſtare uſuras.* In *d. l. 5.* ſancitur, *emtorem, qui nactus poſſeſſionem venditam, fructus percepit, partem pretii, quam*

 penes

penes ſe habet, cum uſuris reſtituere debere, licet nulla mora interceſſerit. Reſp. Mora dupliciter committitur. Alia eſt mora, quæ fit ex re ipſa, id eſt, ex ſolo tempore tardæ ſolutionis. *l. cum vero.26.§.apparet. 4. ff. de fideicom. libert. d. l. in minorum. C. in quib. cauſ. in int. reſt. neceſſ. non eſt.* Alia mora eſt, quæ fit per interpellationem opportuno tempore & loco factam. *d. l. mora. ff. de uſuris.* At vero quod dicitur in *d. l. 1. §. 1. ff. de uſur.* & *l. 5. C. de act. empt. uſuras deberi mora non interveniente*, hoc accipiendum eſt de mora quæ fit ex perſona, ſeu per interpellationem; interim tamen mora reipſa commiſſa eſt. Sic ſocius qui pecuniam communem in uſus ſuos convertit, reipſa moram committit, licet moram non committat ex perſona, h. e. quamvis ſocius non interpellaverit ſocium, ut pecuniam ſolveret. Ideoque etiam ad uſuras tenetur, quia tardius ſolvit; mora enim re ipſa committitur ex ſolo tempore tardæ ſolutionis. Similiter quoque in *d. l. 5. C. de act. empt.* mora fuit ex re facta ſine ulla interpellatione, quod ex duabus rationibus ſatis conſtat. Nam primo ibi minor 25 annis fuit venditor, cui uſuræ præſtantur. Atqui minori viginti quinque annis mora fit in re, id eſt, ex ſolo tempore tardæ pretii ſolutionis. *d. l. in minorum. C. in quib. cauſ. in int. reſt. &c.* Altera ratio eſt, quia emtor nactus eſt poſſeſſionem fundi venditi, & ex eo fructus percipit; ideoque æquum eſt, ut in vicem perceptorum fructuum pretium cum uſuris reddat. Eo enim ipſo; quod emtor re vendita & tradita fruitur, æquiſſimum eſt eum uſuras pretii pendere, quia moram re ipſa committit, quod rei venditæ fructus percipit, & pretium non perſolvit: unde & æquum eſt eum uſuras pretii præſtare debere. *l. 13. §. 19. ff. de act. empt.* Hinc conſequenter intelligitur, verum id eſſe quod dicimus, in bonæ fidei contractibus uſuras deberi ex mora, quæ vel ex perſona facta eſt, puta interpellatione præcedente, vel ſaltem re ipſa commiſſa eſt. Ita tradunt *Borcholt. de uſur. c. 3.* a *num. 13.* uſque ad 33. *Donell. in tractat. de mora. c. 6.* in princ.

ASSERTIO LXXXV.

Actori incumbit onus probandi, non autem reo.

Actori qui judicio aliquid perſequitur, ſive agat actione civili ſive criminali, onus probandi incumbit; reus autem non adſtringitur neceſſitate probandi. *l. 2. l.* 8. & *l. actor. 23. C. de probat.* Actore enim non probante, reus, etiamſi nihil probaverit, nihil præſtiterit, nihil pro ſe allegaverit, abſolvi debet. *l. qui accuſare. 4. C. de edendo. l. negantes. 9. C. de oblig. & act.* Ratio autem, cur actori incumbat onus probandi, non autem reo, hæc eſt, quia in pari cauſa pro poſſeſſore judicatur. *l. 2. C. de cond. ob turp. cauſ. l. in pari. 128. ff. de R. J.* Cur autem in pari cauſa ita judicetur, duplex ratio adferri poteſt, prima eſt, quia reus eſt favorabilior actore. *l. favorabiliores. 125. ff. de R. J.* Et cum propenſiores ſimus ad abſol-

ſolvendum, quam ad condemnandum, judicamus potius pro diſſolvenda obligatione, quam pro ea conſtituenda. *l. Arrianus.* 47. *ff. de obligat. & act.* Altera ratio eſt, quia actor affirmat, reus vero negat. Atqui per rerum naturam efficitur, ut probanda ſit affirmatio, non vero negatio. *l. 2. ff. de probat. l. actor.* 23. *C. eodem.*

Adverſatur primo huic regulæ *l. circa eum.* 14. *ff. de probat.* ubi reo injungitur onus probandi, non actori. Reſp. Ideo reus ibi probat ſuam intentionem, quia ultro ſuſcipit in ſe onus probandi; ſed invitus reus non adſtringitur neceſſitate probandi, neque invitus cogitur probare. *d. l. actor.* Unde etſi reus in probatione, quam ultro ſuſcepit, defecerit, nihilominus tamen ſi actor non probaverit petitionem ſuam, reus eſt abſolvendus. DD. in *d. l. actor.*

Secundo opponitur *l. 5. C. de furt.* ubi dicitur, non eſſe incivile, quod actor deſiderat, ut reus exhibeat venditorem, a quo dicit ſe rem petitam emiſſe. Reſp. Ea defenſio exigitur a reo poſſeſſore rei furtivæ, ut evitet ſuſpicionem furti, quia res ſurrepta apud illum fuerat deprehenſa, & cum interrogaretur, unde illam haberet, dicebat ſe ab ignoto & tranſeunte emiſſe. Hinc erat contra eum aliqua ſuſpicio furti, ad quam avertendam debet indicare venditorem.

Tertio huic deciſioni obſtat hoc argumentum: Quoties actor ſemiplene probavit ſuam intentionem, tunc judex defert reo plerumque jusjurandum, ut ſe purget, interdum etiam ipſi actori defertur jusjurandum, ut ſi reus minus fide dignus ſit. *c. ult. extr. de jurejur. l. 3. C. de reb. cred. l. 31. ff. de jurejur.* Ergo non ſemper reus abſolvitur, ſi actor intentionem ſuam legitime non probavit. Reſp. Ubi actor plane nihil probavit, reus omnino abſolvendus eſt: ubi vero ſemiplene probavit, tunc quia ſuſpicionibus aliquibus & præſumtionibus reus gravatus eſt, debet ſe juramento purgare.

Quarto opponitur *l. 16. C. de probat.* ubi cum frater peteret a fratre petitione hereditatis prædia paterna & hereditaria, & frater aſſereret ea prædia ſibi eſſe donata a patre, cogitur frater qui reus eſt, etiamſi poſſideat ea prædia, probare ſibi illa a patre donata. Reſp. Hoc caſu fratri ideo incumbit probatio aſſertæ donationis, quia alter frater actor adjuvatur præſumtione juris, quod ſcilicet mortuo patre filii præſumuntur eſſe heredes & domini bonorum paternorum. *l. 11. ff. de lib. & poſth.* Itaque cum alii fratres affirment ſe eſſe dominos ex cauſa donationis, hoc probare tenentur, quia præſumtio juris in eos transfert onus probandi: donatio enim non præſumitur, niſi probetur. *l. cum de indebito. 25. ff. de probat.* Quoties ergo præſumtio eſt pro actore contra reum, tunc reus gravatur onere probandi; quia effectus præſumtionis eſt, ut onus probandi incumbat ei contra quem militat præſumtio. *l. ſi pactum. 9. l. 24. ff. de probat. l. dotem. 30. ff. de jur. dot.*

Ultimo obſtat *l. ubi falſi examen. 22. C. ad leg. Corn. de falſ.* & *l. ult. C. de abolit.* ubi in criminibus læſæ majeſtatis, pecul-

latus, & falſi, ab utraque parte exiguntur probationes. *Reſp.* Hoc ſpecialiter receptum eſt in hiſce atrocibus criminibus. Quod tamen ita intelligendum eſt, non ut probatio exigatur a reo, quaſi actore non probante ſit condemnandus, ſed ut probatio rei opponatur probationi accuſatoris, atque ita veritas magis eluceſcat, ne ex probationibus actoris condemnetur reus, qui forte melioribus probationibus oppoſitis ſe tueri poteſt.

ASSERTIO LXXXVI.

Homo præſumitur vivere uſque ad centum annos.

Deciſio hæc, quod homo præſumatur vivere uſque ad centum annos, niſi probetur mortuus eſſe, ab Accurſio aliiſque DD. communiter recepta & approbata eſt. Ita tradit *Accurſ. in l.* 2. §. *ſi dubitetur.* 4. *ff. teſt. quemad. aper.* Eaque aſſertio probatur in *l. an uſusfructus.* 56. *ff. de uſufructu.* ubi traditur, quod uſusfructus civitati relictus duret uſque ad centum annos, addita hac ratione, quia hoc tempus finis longævi hominis eſſe dignoſcitur. Idem affirmatur in *l. ult. C. de SS. eccleſ.* & *novell.* 9. ubi aſſeritur, quod contra eccleſias & pia loca currat tantum centum annorum præſcriptio, ſubjecta hac ratione, quia hoc tempus vitæ longævi hominis plerumque finis dijudicatur. Hujus rei hic eſt effectus, quod ſi aliquis peregre abſentis hereditatem tanquam proximus heres ab inteſtato adire & amplecti velit, is prius probare cogitur, eum de cujus hereditate agitur, e vivis exceſſiſſe, vel jam a tempore nativitatis ejus tempus centum annorum effluxiſſe: præſumtio enim eſt, eum tamdiu per rerum naturam ſuperſtitem eſſe, ideoque nulla ejus tanquam viventis hereditas ad hoc uſque tempus ad aliquem delata dici poteſt, niſi certo probetur eum mortuum eſſe arg. *d. l.* 2. §. *ſi dubitetur.* 4. *l. qui ſuperſtitis.* 94. *ff. de acq. vel amitt. hered.*

Contra hanc deciſionem tale movetur argumentum: Conjecturæ & præſumtiones ſumuntur a communiter accidentibus. Sed ex quotidiano vitæ humanæ curſu apparet, pauciſſimos homines ad tempus centum annorum vitam ſuam producere. Ergo non recte, neque vere dicitur præſumi hominem vivere uſque ad centum annos. *Reſp.* Hæc objectio non tollit hanc præſumtionem juris: Nam hæc deciſio ita accipienda eſt, quod per rerum naturam & vitæ humanæ curſum, poſſit homo ad centum annos vitam ſuam extendere. Cum ergo potentia per præſumtionem juris cenſeatur hominem ad centum annos vivere poſſe, ille qui dicit hominem aliquem adhuc vivere, quod curſus vitæ ejus nondum attigit centeſimum annum, per præſumtionem juri fundatam habet ſuam intentionem, quoad adverſarius probet eum de quo diſceptatur, eſſe mortuum, quia præſumtio juris relevat eum pro quo ſtat præſumtio,

ſumtio ab onere probandi, & transfert onus probandi contrarium in adverſarium *l. ſive poſſidetis. 16. C. de probat. l. ultim.* in princ. *ff. quod met. cauſ. geſt erit.* melior text. in *l. generaliter. 24. §. ſi petitum. 7.* in fin. *ff. de fid. lib.* Porro neque hoc rarum & infrequens eſt, ut homo ad centum annos vitam ſuam extendat, quod communi experientia mundi, variiſque exemplis demonſtrari poteſt. Quod imprimis inter cætera comprobatur teſtimonio ſacræ Scripturæ. *Gen. 9.* ubi Deus Opt. Max. terminum humanæ vitæ definit centum viginti annorum ſpacio. Unde Abrahamum, Iſaacum, Jacobum, Moyſen, aliosque multos patriarchas hoc ſpacium vitæ longe exceſſiſſe ſacræ literæ aperte oſtendunt. *Deuteronom. cap. ultim. numero 7.* ubi refertur, quod Moyſes centum viginti annorum erat, quando mortuus eſt; Abraham autem vixit annos centum ſeptuaginta quinque. Eundem etiam terminum vitæ attigiſſe Claudium Mathematicorum doctiſſimum, Trebellius Pollio ſcriptum reliquit. Præterea Democritum ſumma animi tranquillitate vitam perduxiſſe uſque ad 109. ætatis ſuæ annum, teſtis eſt *Philip. Melanth. in libello de anima.* Adhæc Terentiam Ciceronis uxorem 117. annis vixiſſe, Clodiam Ofelli 115. annis ſuperſtitem fuiſſe, teſtatur *Plinius lib. 7. cap. 48.* Juſtinianus etiam Imp. in *§. ſi vero intra nov. 5.* refert ſe egiſſe cum Zoſimo Abbate centeſimum & vigeſimum ætatis annum agente. Denique teſtantur hiſtoriæ Hippocratem uſque ad centeſimum quartum annum vitam ſuam produxiſſe. Galenum porro 120. annos vixiſſe ſcribitur, idque hac victus ratione eſſe conſecutum, quod a cœna vel prandio nunquam ſatur abierit. Veſci enim citra ſaturitatem, impigrum eſſe ad laborem, vitale ſemen conſervare, hæc tria eſſe longe ſaluberrima, ſcriptum reliquit *Plutarch. in libell. de ſanit. tuend.* Plura longioris vitæ exempla commemorata reperies apud *Cal. Rhodoginum lib. 20. antiq. lect. c. 134.* Verior itaque hæc eſt ſententia, legibusque & probatorum auctorum ſcriptis magis conſentanea, quod homo naturaliter præſumatur vivere uſque ad centum annos, niſi probetur contrarium. Quod & communi DD. calculo comprobatum eſt, licet diſſentiant *Coraſ. lib. 5. miſcel. c. 18. Arius Pinell. ad. l. 2. C. de reſcind. vend. part. 3. c. 4. n. 33. Menoch. de præſumpt. lib. 6. præſumpt. 19.*

Opponitur *l. ſi quis argentum. 35. §. ſin autem. 3. verſ. in reditibus. C. de donation.* ubi traditur, in donatione redituum ad vitam, ſumi ſpacium quindecim annorum, quia tantum homo vivere præſumitur. *gloſſ. ad d. l.* Reſp. Hoc ſpeciale eſt in donatione redituum ad vitam. Ratio hæc eſt, quia cum donator ex ſua liberalitate conveniatur, mitius cum eo agendum eſt, ne alioqui beneficium ſit ipſi damnoſum. Ita tradit *Tiraquell. de retraict. lignagier. §. 1. gloſſ. 6. num. 20.*

ASSERÂ

ASSERTIO LXXXVII.

Scriptura regulariter non pertinet ad eſſentiam, ſed ad probationem contractuum.

PRo regula paſſim in jure traditur, quod inſtrumenta & ſcripturæ in contractibus, non ad ſubſtantiam, ſed tantum ad probationem contractus adhibeantur, ut ſcilicet id quod actum eſt, per ſcripturas facilius probari poſſit: ſine his autem valeat id quod actum eſt, ſi teſtibus aliiſque legitimis probationibus contractus fides probari & doceri poſſit. Sic pignus, emtio, locatio, matrimonium, aliique contractus efficaciter valent & ſubſiſtunt, licet ſcriptura nulla intervenerit, dummodo de voluntate & conſenſu contrahentium aliis legitimis probationibus conſtet. textus ſunt expreſſi in *l. 4. ff. de fid. inſtr. l. cum res. 12. C. de probat. l. 9.* & *10. C. de fide inſtr.*

Opponitur huic aſſertioni *l. 1. C. de jur. emph.* ubi traditur, quod ſcriptura ad ſubſtantiam contractus emphyteutici neceſſario intervenire debeat. Reſp. Hoc ſpeciali ratione conſtitutum eſt, ut contractus emphyteuticus abſque ſcriptura perfici non poſſit. Cum enim plerumque hic contractus in perpetuum vel ad longiſſimum tempus memoriam hominum excedens ordinetur, & teſtes facile intermori poſſint, aut oblivioni tradere, quæ a tam longinquo tempore geſta ſunt, & ita hujus contractus fides facile extingui poſſit; hinc factum eſt, ut hic contractus literis & inſtrumentis tanquam fideliſſimis rerum & negotiorum cuſtodibus committi debeat, quo ſic fides & rei geſtæ veritas temporis decurſu non vacillet, & ab oblivione commodiſſime hic contractus vindicari poſſit.

Secundo objicitur *l. contractus. 17. de fide inſtr.* & *princ. inſt. de empt. & vend.* ubi traditur, quoties inter emtorem & venditorem convenit, ut emtio in ſcriptis redigatur, tunc emtio non cenſetur perfecta, antequam ſcriptura ſit completa. Reſp. In eo caſu ſcriptura in emtione neceſſaria eſt propter conventionem contrahentium, qui nominatim pacti ſunt, ut ſcriptura ad contractum emtionis ſit neceſſaria; quæ conventio facit, ut non tantum ad probationem, ſed ſubſtantiam emtionis ſcriptura intervenire debeat. Unde cum convenit, ut ſcriptura adhibeatur emtioni, tunc hæc ſcriptura adeo eſt neceſſaria, ut contractus emtionis non intelligatur perfectus, niſi ſcriptura ſit abſoluta. Unde & per pœnitentiam ab ea recedere licet, quamdiu ſcriptura non eſt perfecta & completa. *d. l. contractus.*

Tertio adverſatur *auth. hoc jus porrectum. C. de ſacr. eccl.* ubi ſtatuitur, res eccleſiæ oppignorari non poſſe, niſi interveniat ſcriptura. Reſp. Hoc ſpecialiter eſt acceptum in oppignoratione bonorum

norum immobilium eccleſiæ: nam & alias generaliter traditum eſt, quod omnes alienationes rerum eccleſiaſticarum in ſcriptis fieri debeant. *c. ſine exceptione.* 12. *quæſt.* 2. *c. hoc jus.* 10. *quæſt.* 2. *Weſemb. in parat. ff. ſi ag. vect. pet.* Plures caſus, quibus ſcriptura ad ſubſtantiam contractuum & pactorum neceſſaria eſt, vide apud *Accurſ. ad l. pactum.* 17. *C. de pact.*

ASSERTIO LXXXVIII.

Scriptura diverſæ & contrariæ, ab eadem parte prolatæ, fidem ſibi invicem derogant.

DIverſitas & repugnantia ſcripturarum ab eadem parte in judicio productarum, facit fidem illis non adhiberi. textus in *l. ſcriptura.* 14. *C. de fid. inſtr. c. imputari. extr. eodem tit.* Ratio aſſertionis eſt, quod qui contraria inſtrumenta producit, utrumque verum eſſe fatetur; quod tamen eſt contra naturam, ut duo contraria ſimul eſſe vera poſſint, ideoque propter repugnantiam fides iis derogatur. *l. ubi pugnantia.* 188. *ff. de R. J.* Exemplum hujus deciſionis poni poteſt, ſi proferantur duo teſtamenta eodem die ſcripta, ſed alio atque alio herede inſtituto, ut neſcias utrum eorum ſit poſterius: nam hic utrumque alteri ſic derogabit fidem, ut ex neutro adiri poſſit hereditas. *gloſſ. in l.* 1. §. 1. *ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* Repugnant etiam ſibi inſtrumenta, etſi contrarietas ſit tacita, & per indirectum, veluti ſi duorum inſtrumentorum altero contineatur me Lovanii accepiſſe mutuo, altero vero eodem die Romæ; quod locorum diſtantia non patitur. *l. optimam.* 14. *C. de contr. ſtipul.* Procedit autem hæc deciſio tam in actore quam reo, licet major videatur eſſe ratio in actore, propterea quod reus pluribus defenſionibus etiam diverſis & contrariis uti poteſt. *l. nemo.* 8. *ff. de except.* & ibi *gloſſ. c. nullus pluribus. de R. J. in* 6. In actore vero nulla eſt admiſſa contrarietas. *l.* 1. *C. de furt.* Sed ſane neutri parti probatio eſt permiſſa. *Salyc. ad d. l. ſcriptura.*

Opponitur huic enunciato, quod ſi teſtes ab eadem parte producti ſibi invicem contraria deponant, quod fidem ſibi invicem non derogant, ſed ſtatur teſtibus dignioribus honeſtioribus, & veriſimiliora deponentibus. *l. ob carmen.* 21. §. 3. *ff. de teſt. l. jurisjurandi.* 9. *C. de teſtib. nov.* 90. *c. in præſentia.* in verb. *diverſa. extr. eod.* & ibi *gloſſ.* Atqui parem vim & fidem in probando obtinent inſtrumenta & teſtes. *l. in exercendis.* 15. *C. de fide inſtr.* Ergo eodem modo dicendum eſt, quod non ſtatim contraria inſtrumenta fidem ſibi derogant, ſed dignioribus ſcripturis ſtandum eſt. Reſp. Aliud obtinet in teſtibus quam inſtrumentis ab eadem parte productis, quia ſi teſtes diverſa vel contraria dicant, ſtabitur dignioribus; ſcripturæ vero contrariæ ſibi invicem fidem derogant.

Ratio

Ratio diverſitatis eſt, quod producenti nihil imputari poteſt, cur produxerit teſtes contraria teſtimonia perhibentes, cum ipſe non potuerit prævidere, quid dicturi eſſent, nec licuerit ei teſtes convenire inſtruendi teſtimonii cauſa, priuſquam deponerent. Sed inſtrumenta priuſquam producuntur, perlegi & examinari poſſunt a producente, num ſint repugnantia, quod cum factum non fuerit, & contraria inſtrumenta produxerit, imputari merito debet producenti, quæ ratio redditur in *c. imputari. extr. de fide inſtr.*

Secundo prædictæ deciſioni obſtat, quod binis tabulis teſtamenti prolatis, ſic ut in alteris centum, in alteris vero contineantur quinquaginta alicui legata, debetur tamen minor quantitas. *l. Sempronius Proculo. 47. ff. de legat. 2.* ubi tamen ſecundum diſpoſitionem hujus aſſertionis nihil conſequeretur legatarius, ſed ſcripturæ contrariæ ſibi invicem fidem derogarent. Reſp. *Salycet. ad d. l. ſcriptura. 14. C. de fid. inſt.* quod in *d. l. Sempronius*, non producebantur ſcripturæ diverſæ ab una eademque perſona, ſed a legatario adferebatur teſtamentum, quod majorem quantitatem comprehendebat, ab herede vero, quod minorem continebat. Vel ſi dederis ab una eademque perſona, nempe legatario, ambas ſcripturas fuiſſe productas, multum tamen adhuc differentiæ eſt cum caſu *d. l. ſcriptura.* Ibi enim legatarius binas illas tabulas ut diverſas protulit ad diverſos fines: nempe ut utrumque legatum conſequeretur. Quantitas enim facile eſt multiplicabilis, & ſæpius legari poteſt. *l. quinquaginta. 12. ff. de probat. l. plane. 34. §. ſed ſi. 5. ff. de leg. 1.* Hic vero ſcripturæ diverſæ producuntur ad unum eundemque finem, ad quem ſcilicet in exordio litis concluſum eſt. Præterea in allegata lege contraria heres conſentiebat implere, quod in alteris tabulis erat relictum, nempe minorem quantitatem. Neque enim intendebat utraſque impugnare, quod vix quoque facere potuiſſet, niſi & ſuam inſtitutionem evertere voluiſſet; hic vero utramque ſcripturam contra ſe productam negat, & unius fidem impedit altera, cum quod una adſtruit, altera deſtruat.

Assertio LXXXIX.

Latior declaratio aſſertionis 87. quod inſtrumenta & ſcriptura non pertinent ad ſubſtantiam contractuum, ſed ad probationem.

Si contractus & pacta bona fide ſint inter contrahentes celebrata, licet ſcriptura non intervenerit, tamen ſi aliis probationibus rei geſtæ veritas confirmari poteſt, tanquam valide & legitime confecta inviolabiliter cuſtodiri debent. *l. pactum. 17. C. de pact.* Pacta itaque & contractus valent etiam non interveniente ſcriptura. Inſtrumenta enim non ad ſubſtantiam negotiorum & contractuum, ſed

ſed ad fidem & probationem adhibentur. Ideoque ſi aliis etiam probationibus, puta teſtibus, confeſſione partis, aliiſque documentis rei geſtæ veritas confirmari poteſt, nihilominus valet quod actum eſt. *l. 4. ff. de pign. l. 4. ff. de fide inſtr. l. 5. C. de tranſact.*

Sed huic deciſioni primo opponitur *l. contractus. 17. C. de fide inſtr.* ubi contractus venditionis non aliter valet, niſi ſcriptura acceſſerit, inſtrumentaque ſint in mundum redacta, & omnibus ſuis numeris completa. Reſp. Hoc ideo ſtatutum eſt, quia inter contrahentes ita convenerat, ut contractus non aliter valeret, quam ſi ſcripturæ committeretur, ideoque conventio dat formam & legem contractui. *l. 1. §. ſi convenit. 6. ff. de poſ.* ubi dicitur, quod *contractus ex conventione legem accipiunt.* Concordat *l. contractus.* 23. in verb. *quod initio convenit, legem enim contractui dedit. ff. reg. jur.*

Secundo adverſatur, quod contractus emphyteuſeos non aliter de jure ſubſiſtit, niſi ſcriptura interveniat. Ideoque aliquando ad ſubſtantiam contractus ſcriptura requiritur. *l. 1. C. de jur. emph.* Reſp. Hoc ideo eſt introductum, quia contractus hic plerumque fit in perpetuum, vel ad tempus memoriam hominum excedens. Unde quia teſtium memoria eſt labilis, facileque teſtes mori poſſunt, tutius eſt hunc contractum inſtrumentis & literis fideliſſimis rerum cuſtodibus committere. *Coraſius ad l. 1. C. de jur. emph.*

Tertio objicitur *l. generaliter.* 13. *C. de non num. pec.* ubi ſtatuitur, quod ſi quis in ſcriptis confeſſus ſit ſe ex certa aliqua cauſa quid debere, non poteſt contrarium probare, niſi per aliam ſcripturam. Reſp. Specialis iſtius juris ratio in eadem lege ſubjicitur, quia *nimis indignum eſt, ut quod quiſque ſua voce dilucide proteſtatus eſt, id eum velle infirmare, teſtimonioque proprio reſiſtere.* Itaque quia turpe eſt venire contra propriam confeſſionem, merito hic alia probatio non ſufficit, quam quæ ſcriptura conſtat.

Quarto refragatur huic aſſertioni, quod donatio excedens 500 aureos, non aliter valet quam ſi in acta & ſcripturam publicam redigatur, & notioni magiſtratus competenter inſinuetur. *l. ſancimus.* 34. *C. de donat.* Reſp. Hæc immenſa donatio ideo debet inſinuari, & in acta publica ſeu libros civitatum redigi, ne prodigaliter quis liberalitatem ſuam exerceat, & variis fraudibus occuratur, quæ in eliciendis hiſce immenſis donationibus excogitari ſolent; quæ ut præcaveantur, ſtatutum eſt a legiſlatoribus, ut non aliter hæ donationes ratæ ſint, niſi inſinuentur notioni magiſtratus, & de his ſcriptura publica conficiatur. *Weſemb. in parat. ff. de donat. num. 6.*

Quinto repugnat *auth. hoc jus porrectum. C. de SS. eccleſ.* ubi conſtituitur, quod res immobiles eccleſiæ non poſſint alienari, niſi interveniente ſcriptura. Reſp. Hoc ſpecialiter & ſingulari jure introductum eſt in favorem eccleſiarum & aliorum piorum locorum,

ne eorum prædia & poſſeſſiones facile alienari poſſint, niſi majori aliqua ſolemnitate interveniente.

Sexto opponitur *l.* 1. *C. de mand. Princ.* ubi ſtatuitur, quod in mandatis Principum allegandis nemini fides adhibetur, niſi exhibito diplomate in ſcripturam redacto. Reſp. Puto & hoc ſpeciali jure introductum eſſe, idque propter hanc rationem, quia, cum Principes graviorum & plurimorum negotiorum mole ſunt occupati, poſſent facile per incogitantiam & præcipitanter aliquid mandare, quod tamen non ſerio & certo factum vellent. Ideoque ut certius de voluntate Principum conſtet, recte placuit, mandata Principum non aliter valere, quam ſi per ſcripturam probentur.

Septimo & ultimo obſtat *l.* 3. *C. ſi min. ſe major. dix. vel major probat. fuerit.* ubi ſtatuitur, ſi minor 25 annis in inſtrumento juravit ſe majorem, quod contra hanc juratam aſſertionem non reſtituatur in integrum, niſi per inſtrumentum probet ſe minorem 25 annis. Reſp. Et hoc propter religionem jurisjurandi ſingulariter eſt introductum, ut fides jurisjurandi ſancte obſervetur, & non temere jusjurandum in ſcriptis deliberato præſtitum violetur. Ideoque non aliter admittitur minor ad infringendam confeſſionem ætatis ſuæ propria ſcriptura & jurejurando confirmatam, quam per contrariam ſcripturam. Accedit & altera ratio, quod quoties agitur de probanda ætate, plus valent inſtrumenta, veluti profeſſiones natales & cenſuales, quam teſtes. *l.* 1. *C. de teſtibus.* Tenere enim annorum memoriam eſt difficile: unde facilius admittitur in hoc caſu probatio inſtrumentorum quam teſtium. *l.* 3. §. *duæ.* 5. *ff. de Carb. edict.* Poſtremo notandum, quod his caſibus, quibus ſcriptura neceſſario requiritur ad ſubſtantiam contractuum vel negotiorum, ſi ſcriptura caſu aliquo fortuito deperdita eſt, tunc probato caſu fortuito amiſſionis inſtrumentorum admittuntur teſtes, qui de veritate ipſius rei vel negotii fidem faciant. *l. teſtium.* 18. *in fin. Cod. de teſtib. Alciat. ad l. pactum.* 17. *in fin. C. de pact.*

ASSERTIO XC.

Mulier in criminalibus cauſis teſtis eſſe poteſt.

MUlierem poſſe eſſe teſtem in criminalibus cauſis, probat aperte *l.* 2. *ff. de accuſ.* ubi traditur, mulierem non cogi contra conſanguineos in cauſis criminalibus dicere teſtimonium. Ergo poteſt, ſi velit, teſtis eſſe; imo contra extraneos in criminibus ut teſtimonium dicat, cogi poteſt. Idem probat *l. ex eo.* 18. *ff. de teſtib.* ſumto argumento a contrario ſenſu: dum enim ibi dicitur, mulierem damnatam publico judicio repelli a teſtimonio in crimine adulterii; ſequitur a contrario, mulierem non damnatam publico judicio poſſe, ſicut in crimine adulterii, ſic & in aliis criminibus

bus teſtimonium dicere. Denique hæc ſententia confirmatur per *l. qui teſtamento. 26. §. mulier. 6. ff. qui teſt. fac. poſſ.* ubi mulier ſpecialiter prohibetur eſſe teſtis in teſtamentis. Ergo in aliis cauſis admittitur.

Sed contra objicitur hoc modo: Mulier non poteſt eſſe teſtis in teſtamentis. Ergo multo minus in cauſis criminalibus teſtimonium dicere poterit, quia cui non licet quod minus eſt, utique nec licet quod plus eſt. Minus autem eſt in teſtamentis, quam criminibus teſtimonium perhibere, quia in cauſis criminalibus de vita & ſalute hominis agitur; in teſtamentis autem tantum de bonis defuncti diſponitur. Reſp. Hoc, quod mulier non poſſit eſſe teſtis in teſtamento, inde provenit, quod veteres ad ſolemnia nec mulierem, nec ſervum, nec impuberem, nec peregrinum admittebant. *l. qui teſtamento. 20. §. ſervus. 7. ff. qui teſt. fac. poſſ.* Ideo autem mulier teſtis eſſe in teſtamento prohibetur, quia propter ſexus inexperientiam non ſatis intelligit eas fraudes & inſidias, quæ in ſubornandis teſtamentis a peritis architectis earum rerum ſtrui ſolent. *d. l. qui teſtamento. §. mulier.* Porro in criminalibus cauſis ideo mulier in teſtem admittitur, licet in teſtamentis ſecus ſit, quia licet unicuique delectum adhibere, quoſnam velit teſtes in teſtamentis adſciſcere, graviores ſcilicet & perſonas maxime ſpectatæ fidei, cum teſtamenta fiant teſtibus ad hoc ſpecialiter convocatis & rogatis, & a teſtimonio teſtamentario mulier jure civili removeatur. In criminibus vero vel aliis negotiis probandis ideo mulier admittitur, quia teſtes ab initio vocati hic fere non producuntur, ſed qui forte fortuito præſentes fuere, teſtes ibi adhibentur. *l. ad fidem. 11. ff. de teſtib. Baro ad §. teſtes autem. inſt. de teſtam. ordin.*

Secundo objicitur, quod teſtes a teſtimonio prohibentur propter lubricum conſilii. Sed mulier habet lubricum & imbecille judicium. Præterea varium & mutabile ſemper eſt femina. *l. filia in orbitate. 20. C. de inoff. teſtam.* Reſp. Mulier in criminibus teſtis eſſe poteſt, ideo quia probationum copia non eſt anguſtanda. Deinde hoc non eſt perpetuo verum, quod feminæ ſint lubricæ & inconſtantes, cum pleræque feminæ magis ſint conſtantes & fideles in veritate dicenda quam viri. Adde quod teſtes juramentum præſtent de veritate proferenda, cujus religio impellit & movet mulieres, ut ſincere & fideliter dicant teſtimonium. Hanc opinionem, quod mulier poſſit eſſe teſtis in criminalibus cauſis, ſequuntur & approbant *Gomez. tomo 3. reſol. c. 12. num. 13.* ubi notat, ab hac opinione in judicando & conſulendo non eſſe recedendum. Eandem ſententiam defendunt *Decius ad l. 2.* in princ. *ff. de R. J. Vigl. ad §. teſtes. inſtit. de teſt. ord.* Et hæc ſententia, quod mulier in cauſis criminalibus teſtis eſſe poſſit, communi doctorum calculo eſt recepta, ut teſtatur *Tobias Nonius ad §. teſtes autem. inſtit. de teſtam. ordin. num. 18.* Plane jure canon. aliud rece-

Qq ptum

ptum eſt: nam eo jure in cauſis criminalibus teſtis eſſe non poteſt mulier. *c. forus. extr. de verb. ſign.* ubi addit rationem Pontifex, quia *varium & mutabile teſtimonium ſemper femina producit.* Concord. *c. mulierem.* 33. *quaſt.* 5.

ASSERTIO XCI.

Parentes & liberi neque pro ſe, neque contra ſe teſtimonium dicere poſſunt.

PArentes & liberi neque adverſus ſe, neque pro ſe teſtimonium perhibere poſſunt. *l. parentes. 6. C. de teſtib. l. teſtis idoneus. 9. ff. eodem.* Ratio prioris eſt, quia liberi debent honorem & reverentiam ſuis parentibus, unde contra eos teſtimonium dicere prohibentur. Ratio poſterioris eſt, ne ſibi quis quodammodo dicat teſtimonium, cum pater & filius large reputentur pro una eademque perſona. *l. ult. C. de imp. & aliis ſubſtit.* Porro non modo inviti, ſed ne quidem volentes poſſunt dicere teſtimonium inter ſe parentes & filii. Quin imo nec contra volentes poteſt dici teſtimonium, licet pater & filius conſentiant, ut adverſus ſe dicatur, quia hoc caſu judex eos repellet a teſtimonio, ne ſcandalum inter eos oriatur. Ita notat *Accurſ. in d. l. parentes.* quem omnes ſequuntur, arg. *l. quos prohibet. 7. ff. de poſtul.* & *l. alia cauſa. 14. §. 1. ff. ſolut. matr.* A qua tamen ſententia diſcedit *Zaſius lib. 1. ſing. reſp. c.* 11. qui exiſtimat, patre conſentiente poſſe filium adverſus ſe dicere teſtimonium, eo quod reverentiæ nexus hic non violetur, ne conſentienti fiat ulla injuria. Verum probabiliter videtur Accurſii ſententia, quod omnino teſtimonium inter eas perſonas ſit interdictum, quia textus in *d. l. parentes.* non dicit repelli poſſe teſtem, ſeu exipi adverſus eum, quo caſu poſſet non excipiendo & non repellendo tolerari teſtimonium, ſed in totum ne quidem volentes eos admittendos eſſe oſtendit.

Objicitur huic aſſertioni *l. etiam.* 16. & *l. Imperatores.* 29. §. 1. *ff. de probat.* ubi parentes & filii inter ſe teſtimonium dicunt. Reſp. Pro ætate vel nativitate filiorum probanda, parentes pro liberis in teſtes admittuntur, quia hæc certiſſime eis nota ſunt. Verum in hoc caſu non plenam probationem faciet teſtimonium parentum, ſed tantum præſumptionem adferet pro illis, ita ut judex inde anſam veritatis latius indagandæ & inquirendæ arripiat.

Secundo adverſatur *l. qui teſtamento.* 20. §. *per contrarium.* 2. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* ubi pater poteſt eſſe teſtis in teſtamento filiifam. ante miſſionem teſtamentum facientis. Reſp. Hoc in teſtamentis ideo procedit, quia hoc caſu nullum commodum acquiritur filio per teſtimonium patris, ſed hoc tantum agitur, ut teſtamentum

for-

ſortiatur effectum. Itaque in judiciis merito paternum teſtimonium reprobatur, cum ibi de commodo producentis agatur.

Tertio opponitur *c. 3. extr. qui matr. accuſat. poſſ. &c. l. de tutela. 7. C. de in integrum. reſtit.* ubi in caſu matrimoniali ad probandam conſanguinitatem parentes & conſanguinei admittuntur in teſtes. Reſp. Hoc ſpeciali caſu parentes pro filiis admittuntur in teſtes, quia melius ſciunt ſuam conſanguinitatem proximi, quam extranei. Hæc autem exceptio ita eſt intelligenda, ſi quæſtio ſit, an matrimonium propter conſanguinitatem ſit prohibitum, nec ne. Nam ſi quæſtio eſſet de ipſo conſenſu, id eſt, an re ipſa matrimonium contraxerint, non eſſent parentes idonei teſtes, quia ſuſpecti ſunt: ut puta pater deponens filiam ſuam nobiliori & ditiori nupſiſſe, ſine dubio propenſior eſſet ad teſtandum pro filia, quam pro ſponſo filiæ. In cauſa autem conſanguinitatis aut ſimili ideo admittuntur, quia eam melius ſcire poſſunt quam extranei. *c. ſuper eo. 22. extr. de teſtib.*

ASSERTIO XCII.

Neque teſti injurato creditur, neque uni teſti fides adhibetur.

DUæ ſunt hujus aſſertionis partes, comprobatæ in *l. jurisjurandi. 9. C. de teſtib.* In prima conſtituitur, quod teſti ſine juramento non creditur.

Quod optima ratione introductum eſt, ut ſcilicet teſtes timore Dei, conſcientiæ ſinceritatem reſervantes, veritatem bona fide atteſtentur. Jurare autem debent teſtes de veritate dicenda pro utraque parte, & ſuper tota controverſia, item de omnibus iis, quæ interrogabuntur. Ita tradit *Accurſ. in. d. l. 9.* arg. *§. præterea nulli. nov. 123.*

Opponitur *auth. ſed judex. C. de epiſc. & cler.* ubi Epiſcopo injurato creditur. Reſp. Ab hac regula excipitur Epiſcopus; favore enim religionis ejus teſtimonio fides adhibetur, licet non juret.

Secundo adverſatur, quod teſtes etiam injurati admittantur ad teſtimonium, ſi a partibus remittatur jusjurandum: nam & conſenſu partium remitti poteſt teſtibus jusjurandum. arg. *l. 1. ff. de feriis.* textus rotundus in *cap. tuis. 39. extra. de teſtib.* Reſp. Quilibet poteſt juri pro ſe introducto renuntiare. *l. penult. C. de pact.* Ideoque adverſarius poteſt renuntiare juri ſuo, quod videtur pro ſe eſſe introductum, ne credatur contra eum teſti injurato.

Tertio opponitur *l. 1. ff. de ventr. inſpic.* ubi creditur obſtetricibus etiam injuratis, renuntiantibus, an mulier ſit prægnans, nec ne. Reſp. Excipiuntur & ab hac generali deciſione obſtetrices. Quoties enim tractatur de ventre inſpiciendo, hoc eſt, quando quæritur,

tur, an mulier ſit prægnans nec ne, tunc creditur obſtetricibus etiam injuratis, renuntiantibus mulierem eſſe prægnantem vel non. *d. l.* 1. Quod tamen ita exaudit ibi Accurſ. ut non præſtent juramentum veritatis, ſed ſufficiat ab iis juramentum credulitatis præſtari; quod ſcilicet credant & exiſtiment ſe ita rem habere. Sic enim omnibus artificibus peritis in arte ſua, atteſtantibus ſecundum regulas ſuæ profeſſionis, ſe exiſtimare verum eſſe quod dicunt, fides adhibetur. Unde & creditur medicis ſeu chirurgis, ſi afferant vel exiſtiment vulnus eſſe lethale. *c. ſignificaſti. extra. de homicid. l. ſemel. 6. C. de re milit.*

Secundo in hac aſſertione hæc ſtatuitur regula, quod *uni teſti perhibenti teſtimonium non credatur. Vox enim unius, vox nullius eſt*, ut inquit Baldus. Quod & divina lege cautum eſt, *Levit.* 35. & *Deut.* 17. hiſce verbis: *In ore duorum aut trium peribit, qui interfecerit. Juxta os autem unius teſtis nemo interficiatur*, & rurſus *cap.* 19. *Deuteron. In ore duorum vel trium ſtabit omne verbum.* Quod Chriſtus repetit *Matth.* 18. Nam cum regulariter ad probationem validam requirantur duo teſtes. *l. ubi numerus.* 12. *ff. de teſtib.* unus teſtis non ſufficit, etiamſi præclaræ curiæ honore præfulgeat, id eſt, etiamſi ſit ſenator. *d. l.* 9. §. 1. *C. de teſt.*

Objicitur *nov.* 73. §. *certe ſi ad unum.* & *l. ſi quis decurio.* 21. verſ. *nec vero is. C. ad l. Corn. de falſ.* ubi creditur uni tabellioni. Reſp. Sic enim ait Imp. Conſtantinus, quod *ſcripturæ veritas, ſi res popoſcerit, per ipſum tabellionem probari debet.* Propter publicum officium, quod ſuſtinet notarius, ei ſoli fides adhibetur, ſi forte manu ejus inſtrumentum ſcriptum eſſe negetur, & ipſe affirmet ſe ſcripſiſſe: tunc enim inſtrumenti vel ſcripturæ veritas per ſolum notarium probatur.

Secundo opponitur. *l. vice donatricis.* 20. & *l. in donationibus.* 31. *C. de donat.* ubi donatio uno teſte probatur. Reſp. Excipitur hic caſus ab hac regula. Si quis enim vice donatoris, voluntate ejus ſubſcribat donationi ſcriptæ, donatio rata erit, & ad probationem ejus unus teſtis ſufficiet.

Tertio opponitur *can. cum itaque. diſt.* 4. *de conſecrat.* ubi uni teſti creditur. Reſp. Quoties nemini fit præjudicium, tunc uni teſti jure creditur, ut puta, ſi per unum teſtem probetur aliquem eſſe baptizatum, aut egiſſe pœnitentiam.

Quarto opponitur *l. Theopompus.* 14. *ff. de dot. præleg.* ubi uni teſti fides adhibetur, cum teſtator juſſiſſet filiæ ſuæ dotem dari ex arbitrio unius perſonæ. Reſp. Uni teſti creditur, quando partes ita inter ſe convenerunt, ut ſuper contractu vel pacto ſtetur unius dicto, vel quando teſtator mandavit, ut unius dicto plena fides adhibeatur. *d. l. Theopompus.* & ib. Bart. Vide aliter eam legem explicatam apud *Alciatum lib.* 2. *parerg. c.* 19.

Quinto obſtat *l.* 5. §. *ne tamen.* 13. *ff. de reb. eorum, qui ſub tut. &c.* &

&c. & *c. cum parari. 19. extr. de appellat.* ubi unus teſtis quoque plenam fidem meretur. Reſp. Hoc ſpeciale eſt in apparitore magiſtratus, cui propter publicum munus creditur aliquid renuntianti judici.

Sexto obſtat *l. 3. C. de reb. cred.* & *c. ſuper eo. 22. extra. de teſtib.* ubi uni teſti aliqua fides adhibetur, quatenus facit ſemiplenam probationem aut præſumtionem. Reſp. Quod dicitur in *l. 9. §. 1. C. de teſtib.* unius teſtis teſtimonium omnino non audiri, hoc reſpectu plenæ probationis accipiendum eſt; admittitur tamen unus teſtis ad ſemiplenam probationem ſeu præſumtionem inducendam. Ita tradunt *Salyc.* & communiter *DD. in d. l. jurisjurandi. 9. C. de teſtib.*

Ultimo obſtat *l. non omnis. 5. §. a barbaris. 6. ff. de re milit.* ubi creditur unius militis dicto, qui bonus ante æſtimatus fuit, ſi ſe captum ab hoſtibus dicat, non vero ad hoſtes transfugiſſe. Hoc caſu uni teſti, & quidem in propria cauſa teſtanti fides adhibetur. Reſp. Ideo creditur militi atteſtanti ſe captum eſſe, non tranſfugam, quia quilibet in dubio præſumitur bonus, niſi malus probetur: ideoque ei dicenti ſe non eſſe tranſfugam, creditur, quia antea bonus æſtimatus eſt, nihilque ei ſiniſtri objicitur. Deinde hoc ejus teſtimonium nulli nocet; alioqui in re propria ad ſui commodum, & alterius damnum teſtimonium dicere, nulla juris ratio permittit. *Coraſ. lib. 3. miſcel. c. 7.*

ASSERTIO XCIII.

Omnis judex poteſt teſtem, qui apud ſe falſum teſtimonium dixit, pro qualitate criminis punire.

Deciſio hæc comprobatur in *l. nullum. 14. C. de teſtib.* ubi expreſſe ſancitur, quod judex poteſt falſum teſtem pro arbitrio ſuo, juxta qualitatem delicti punire, licet teſtis non ſit de juriſdictione ejus, vel poſſit propter privilegium ſeu dignitatem, juriſdictionem ejus declinare. Ratio hujus deciſionis eſt, quia ſortitur aliquis forum etiam ratione delicti. *l. 1. C. ubi de crim. agi oport. nov. 69. c. 1.* & reatus omnem dignitatem & honorem excludit. *l. 1. C. ubi ſenat. vel clariſſ. &c.* Quia igitur teſtis apud hunc judicem deliquit, falſum teſtimonium perhibendo, apud eundem ſortitur forum, & cum ſponte apud eum teſtimonium dixerit, videtur in eum judicem conſenſiſſe, & fori præſcriptioni, ſi quam habet, renuntiaſſe.

Contra hanc deciſionem objicitur *l. Divus. 31. ff. ad l. Corn. de falſ.* ubi dicitur, eum qui produxit falſum inſtrumentum, eſſe puniendum a judice, niſi ea pœna ſit infligenda, quæ excedat juriſdictionem ejus judicis: tunc enim ſcribere debebit ad Principem. Unde apparet, pœnam falſi non imponi a quocunque judice. Pro

ſ lutione dicendum eſt, quod regulariter verum ſit quod in con‑t arium objicitur, ſed ex *d. l. nullum. C. de teſtib.* & ex *nov.* 90. c. 1. excipitur ſpecialiter hic caſus odio falſorum teſtium. Ut enim t ſtes magis vereantur judicem, apud quem teſtimonium dicunt, & facilius veritati conſentaneum teſtimonium ferant, placuit eos illi judici ſubjici, & ab eo propter falſa teſtimonia puniri poſſe. De intellectu & interpretatione hujus aſſertionis vide plenius differentes *Fachin. lib.* 9. *controv. jur.* 26. *Covarruv. practicar. quæſtion. c.* 18. *Menoch. de arbitr. judic. lib.* 1. *quæſt.* 91. *Delrio in miſcell. in annotationibus ad d. l. nullum. C. de teſtib.*

ASSERTIO XCIV.

Ruſticitas in delictis regulariter non excuſat, neque juris ignorantia ruſticitati prodeſt.

PRior aſſertionis pars, quod ſcilicet ruſticitas ſeu imperitia ruſticos delinquentes non excuſet, confirmatur evidenter per *l.* 2. *C. de in jus voc.* ubi ſtatuitur, quod ſi libertus patroni filium in jus vocavit, non petita a prætore venia, quod in eum detur quinquaginta aureorum judicium, nec in ea re ruſticitati venia præbeatur. Similiter traditur in *l.* 1. *C. de interd. matr. int. pupil. & tutor. &c.* ubi prohibetur, ne tutor pupillam ſuam dicat in uxorem; & ſi forte per imperitiam vel ruſticitatem tutor pupillam duxerit, tamen hoc matrimonium non valet.

Verum prædictæ deciſioni vehementer obſtat *l. ſi quis.* 7. §. *doli,* 4. *ff. de juriſd.* ubi proponitur, quod ſi quis per imperitiam vel ruſticitatem album prætoris corrupit, quod a pœna ſeu actione albi corrupti excuſationem merceatur. Adhæc in *l.* 2. §. *ſi quis in jus.* 1. *ff. ſi quis in jus voc. non ierit. &c.* conſtituitur, quod ſi vocatus in jus a prætore contumax ſit, & propter ruſticitatem vel imperitiam vocationi non pareat, quod pœna ei remittatur. Reſp. Aut ruſticus erravit circa diſpoſitionem juris civilis aut poſitivi, quod naturali ratione non firmatur, & tunc delinquens a pœna excuſatur, in illis ſcilicet caſibus, qui jure nominatim ſunt comprehenſi. Sic a pœna albi corrupti excuſatur quis propter ruſticitatem, quia ad vindicandam prætoris auctoritatem pœna iſtius actionis jure civili eſt introducta. Similiter a pœna contumaciæ vocatus in jus propter ruſticitatem quis excuſabitur, quia iſte contemtus neglectæ citationis magis reſpicit damnum litigatoris, quam injuriam magiſtratus. Aut vero erravit ruſticus in iis, quæ jure naturali ſunt introducta, & tunc immunitatem a pœna non meretur. Unde ſi libertus ſine venia magiſtratus vocavit patronum in jus, non excuſatur a pœna, quia naturali ratione libertus patronum colere & obſervare debet, cujus beneficio libertatem accepit. Ideoque non debuit temere ve‑

nia

nia a prætore non petita contra eum actionem intendere. *d. l. 2. C. de in jus voc.*

Quod ad ſecundam aſſertionis partem attinet, quod ſcilicet regulariter juris ignorantia ruſticis non proſit, ea comprobatur ſatis ex generali regula, quod *leges ſacratiſſimæ, quæ conſtringunt omnium hominum vitas, ab omnibus intelligi debent, ut univerſi earum præſcripto cognito, vel prohibita declinent, vel permiſſa ſectentur. l. leges. 9. C. de legib.* Similiter hæc ſentententia comprobatur per *l. regula. 9. §. ſed juris. 3. ff. de jur. & fact. ignor.* ubi pro regula traditur, quod *juris ignorantia non proſit, ſi ſit JCtorum copia, quos quis conſulere potuit, vel ſi ipſe juriſprudentia ſua ſit ſatis inſtructus.* Quibus verbis JC. vult, quod parcendum ſit ruſticitati & imprudentiæ in juris ignorantia, ſed hoc fieri perraro & certis tantum caſibus in jure expreſſis, idque ea conditione tantum, ſi non habuerint ruſtici facultatem peritiores conſulendi.

Adverſatur huic deciſioni *l. penult. C. qui admitt. ad bon. poſſ. & intra quod tempus.* ubi conſtituitur, quod ſi propter imperitiam vel ruſticitatem non petit quis bonorum poſſeſſionem intra tempus a lege præſcriptum; quod per hoc ſibi non præjudicet, ſed nihilominus elapſo tempore ad bonorum poſſeſſionem admittatur. Reſp. In iſto demum ſpeciali caſu ignorantia juris prodeſt ruſticis, quando non adfuit illis JCtorum copia, quos in conſulendo adhibere potuerunt. Si enim habuerunt facultatem conſulendi peritiores, & ignorantia juris paſſi ſunt tempus petendæ bonorum poſſeſſionis elabi, juris ignorantia eis non prodeſt. *l. in bonorum. 10. ff. de bon. poſſ. contra tab. l. 2. §. ult. ff. qui ord. in bon. poſſ. ſerv.* In ſumma juris ignorantia in ruſticis tum demum excuſationem meretur, ſi parata non fuit JCtorum copia, quos ipſi conſulere potuerunt. Adhæc ruſticis permiſſum non eſt jus ignorare, niſi certis tantum caſibus, qui legibus nominatim comprehenduntur. *d. l. regula. §. ſed juris.* Sic ruſticitati parcitur, ſi quis corrupit album prætoris. *d. l. 7. §. doli. 4. ff. de juriſd.* Sic ruſticitas excuſat, ſi quis propria confeſſione ſe detulit in fiſcum. *l. 2. §. ult. ff. de jure fiſci.* Sic ruſtico ſubvenitur, quando non edidit jura & rationes, quamvis a judice edere juſſus ſit. *l. 1. §. ult. ff. de edend.* Denique a pœna SC. Syllaniani excuſantur ruſtici, qui propter ruſticitatem vel ignorantiam, ignari edicti prætoris tabulas teſtamenti aperuerunt, ante inſtitutam de ſervis quæſtionem, & ſupplicium ab iis ſumtum, ſi dominus a familia occiſus eſſe dicatur. *l. ſi quis in gravi. 3. §. ſi quis ignorans. 21. ff. ad SC. Syllan.* Extra hos caſus a legibus ſpecialiter comprehenſos, ruſticis propter ignorantiam juris non ſubvenitur. Ita tradunt *Coſtal. ad l. ſi quis. 7. ff. de juriſd. Cujac. lib. obſ. 5. cap. penult. Alciat. ad l. 2. C. de in jus voc. Menoch. de arbitr. jud quæſt. caſ.* 194.

ASSERTIO XCV.

Nuptiæ ſive matrimonium, eſt viri & mulieris conjunctio, conſortium omnis vitæ, ſive individuam vitæ conſuetudinem continens.

HÆC definitio matrimonii traditur ad Imp. Juſtiniano in *princ. tit. inſt. de nupt.* & a Modeſtino JC. recitatur in *l. 1. ff. de ritu nupt.*

Opponitur hoc argumentum. Libera fuerunt apud Romanos divortia, ita ut etiam pœnis nullis impediri potuerint, ſicut & libera fuerunt matrimonia. *l. ſi ſtipulatio.* 19. *ff. de V. O. l. Titia.* 134. *ff. eodem.* Ergo matrimonium non eſt individua conjunctio. Reſp. Hæc verba, *individua vitæ ſocietas*, ad animum & votum contrahentium referenda ſunt; quaſi contrahentes eo animo & voto ſint, ut nunquam dirimatur matrimonium, ſed perpetuo conjuncti maneant conjuges uſque ad mortem. *l. 1. ff. de jur. dot.* Votum de conjunctione conjugali perpetuum & individuum eſt, licet ſucceſſus non ſemper reſpondeat propoſito.

Secundo objicitur, quod definitio hæc latior eſt ſuo definito, quia convenit etiam concubinatui: poteſt enim quis cum concubina ſua individuam vitæ conſuetudinem perpetuo ſervare. Ergo eſt vitioſa definitio. *l. 1. ff. de dol. mal.* Reſp. Per hæc verba, *individuam vitæ conſuetudinem continens*, ſatis excluditur & diſtinguitur concubinatus a nuptiis. Etſi enim in concubinatu animus perpetuo cohabitandi adſit, pœnitere tamen, dividique poſſunt concubinarii etiam ſine cauſa, ſi velint, *l. 1. ff. de concub.* quod non obtinet ſimiliter in matrimonio. Nam qui matrimonium contrahunt, talem habent animum, ut perpetuo una vivere velint, ſcientes quod etſi eorum animus mutetur, tamen reſilire non poſſint a matrimonio, niſi ex gravibus & juſtis cauſis a legibus permiſſis. Porro licet jure codicis certis de cauſis permiſſa ſint divortia. *l. conſenſu.* 8. *C. de repud.* jure canonico tamen (quod ſequimur in cauſis matrimonialibus,) ob infidelitatem tantum permittitur divortium, ſi ſcilicet ex conjugibus alter fuerit infidelis, & noluerit cohabitare cum fideli, tunc fidelis poterit nubere alteri, etiam infideli vivente. *c. quanto. extr. de divort.* Ob adulterium vero non ſolvitur matrimonium jure Pontificio. *c. licite.* 32. *quæſt.* 7. Manent enim conjuges, & fit ſeparatio tantum quoad thorum & menſam, ſed non tollitur vinculum matrimonii. Unde non conceditur ſeparatis poteſtas novi conjugii. Sed in eccleſiis reformatis ex verbo Dei innocenti perſonæ, quæ propter adulterium divortium fecit, permittitur ſecundas nuptias contrahere, dummodo primo ſerio tentata ſit reconciliatio inter adulterum & partem alteram innocen-

centem, eaque ſucceſſum habere non potuerit. *Matthæi.* 19. *Weſemb. in parat. ad tit. de divort. in fin.*

Tertio adverſatur huic definitioni, quod in veteri teſtamento multi ſancti viri plures uxores habuerunt. & quod hoc tunc temporis Deus toleraverit. Ergo matrimonium non eſt individua & perpetua unius viri & unius mulieris conjunctio. Reſp. Tertullianus vocat polygamiam patrum, licentiam paſſivam. Deus enim non approbavit polygamiam patrum, ſed toleravit tantum, ideoque exempla eorum non ſunt imitanda, quia expreſſe polygamia lege Moſaica prohibita eſt. *Geneſ.* 1. & 2. ad quam legem nos revocat filius Dei. *Matthæi* 19.

Poſtremo objicituur hoc modo: Si conſortium omnis vitæ eſſet in matrimonio, ſocietas quædam inter conjuges contraheretur. Jam ſicut in ſociis unus tenetur pro altero ex rebus communiter geſtis, ita etiam maritus teneretur ex contractibus uxoris, & uxor ex contractibus viri. Sed non tenetur alter pro altero, neque uxor poteſt conveniri ex contractu mariti, & vice verſa maritus non poteſt ex contractu uxoris inquietari. *l.* 1. & *l. ob maritorum.* 2. *C. ne ux. pro marit. &c. l.* 1. *C. ad l. Jul. de vi publ.* Ergo nulla cenſetur inter conjuges contracta ſocietas. Reſp. Vera legitimaque ſocietas non eſt inita inter conjuges, qualis deſcribitur in *tit. pro ſocio*, ſed tamen communicatio quædam individua vitæ & bonorum hic intervenit, quia ſalva honeſtate nihil diviſum inter conjuges eſt, ſed promiſcuum omnium rerum uſum eſſe oportet, licet nulla ſit obligatio, qua alter alteri ad commucationem obſtringatur. Huc facit *l.* 1. & tot. *tit. ff. rer. amot.* ubi traditur, quod non detur actio furti heredibus conjugis, ſi quid alter conjugum conſtante matrimonio ex rebus conjugis avertit, ſed quod detur actio rerum amotarum; idque propter eam rationem, quia ſocietas vitæ facit quodammodo uxorem dominam rerum mariti. *d. l.* 1. Similiter nec crimen expilatæ hereditatis habet locum, ſi quid alter uter conjugum ex rebus defuncti conjugis abſtulit. Ratio eſt, quia uxor ſocia eſt omnium bonorum mariti. *l. penult. ff. de crimin. expil. hered. d. l. adverſus.* 4. *C. eod.* Sed ſi ex defuncti conjugis bonis uxor quid avertit, convenietur uxor rei vindicatione, vel actione ad exhibendum. *d. l. adverſus. l.* 1. *C. de crim. expil. hered.* Hanc ſententiam quod inter conjuges non vera ſocietas, ſed legalis quædam communio bonorum ex conſuetudine patriæ in pleriſque Belgii provinciis contrahatur, eleganter tradit & explicat clariſſimus JC. *Cornelius Neoſtadius in tractat. paction. ante nupt. obſerv.* 9.

ASSERTIO XCVI.

Matrimonii inſtitutio juris eſt naturalis & divini, nullaque lege uſus conjugii prohiberi poteſt etiam miniſtris eccleſiæ.

OMnibus, quibus non eſt donum continentiæ a Deo datum, jure divino & naturali permiſſum eſt matrimonium contrahere. Sic enim diſerte pronuntiat Apoſtolus 1. *ad Corinth.* 7. *verſ.* 2. *Propter fornicationem ſuam quiſque uxorem habeat, & proprium quæque virum habeat.* Neque ulli ordini aut generi hominum facultas contrahendi conjugii legibus humanis auferri aut interdici poteſt. Unde apparet graviter errare, & contra ſeptimum decalogi præceptum, *non fornicaberis*, aperte delinquere Papiſtas, dum maximæ parti hominem, puta presbyteris, monachis & virginibus veſtalibus monaſterio incluſis conjugii uſum interdicunt. Non enim vota cœlibatus mandatum aut ordinationem Dei tollere poſſunt, quod ita habet: *Propter fornicationem vitandam unuſquiſque ſuam uxorem habeat.* Imo expreſſe etiam ipſis Apoſtolis permiſſum fuiſſe uxores ducere, teſtatur Apoſtolus *Paulus* 1. *ad Corinth.* 9. hiſce verbis: *An non habemus poteſtatem uxorem ſororem circumducendi, ut & reliqui Apoſtoli & fratres domini, & Cephas?* ubi aperte traditur Cepham, h. e. Apoſtolum Petrum uxorem habuiſſe. Quod & manifeſte probatur ex 1. *cap. Marci*, ubi Servator noſter Jeſus Chriſtus ſocrum Petri febricitantem a morbo liberavit. Ad hæc *Ambroſius ſuper epiſt.* 2. *ad Corinth.* dum exponit Apoſtoli verba: *Deſpondi vos uni viro virginem caſtam exhibere Chriſto*, ait omnes Apoſtolos fuiſſe in conjugio præter Paulum & Joannem. Unde & in ſynodo Nicæna Paphnutius Epiſcopus, qui erat expers nuptiarum, pronuntiavit caſtitatem eſſe cum propria uxore concubitum, ut habetur in *tripart. hiſtor. lib.* 2. *cap.* 14. & apud *Sozom. lib.* 1. *hiſt. eccl. c.* 21. Quin imo & legibus naturalibus omniumque gentium promiſcue uſus conjugii quibuſvis hominibus eſt conceſſus, ut liquido patet ex *l.* 1. §. 2. *ff. de juſt. & jur. princ. inſt. de jur. nat. gent. & civil.* ideoque nullis legibus Pontificiis, civilibus, aut humanis, imo nec pactis aut conventionibus hominum, nulloque pœnæ vinculo libera facultas contrahendi matrimonii conſtringi aut coërceri poteſt. *l. Titia.* 134. *ff. de V. O.* quia jura naturalia divina providentia conſtituta perpetua ſunt & immutabilia. §. *penult. inſt. de jur. nat. gent. & civil.*

Objiciunt Papiſtæ primo pro defenſione voti cœlibatus, quod in genere lege divina ſancitum eſt, peccatum committi ab hominibus, ſi votum ſemel emiſſum non ſervetur, ad quod probandum

citant

citant locum *Deuteron.* 23. *verſ.* 21. ubi ita habetur: *Si voveris votum Jehovæ Deo tuo, ne differto ſolvere illud; nam omnino repoſceret Jehova Deus abs te, & eſſet in te peccatum.* Reſp. Deus non omnium votorum, ſicut etiam non omnium juramentorum, qualiacunque ea ſint, impletionem ſub interminatione æternæ damnationis exigit, ut de juramento Saulis, de occidendo filio Jonathan. 1. *Samuel.* 14. traditur. Item de juramento Davidis de perdendo Nabale cum omnibus quæ ejus erant. 1. *Samuel.* 25. & de jurejurando Herodis, *Math.* 14. proponitur. Cum igitur opiniones annexæ votis cœlibatus ſint impiæ & blaſphemæ, & repugnent verbo Dei. 1. *ad Corint.* 7. 1. *ad Timoth.* 5. nequaquam cum hujuſmodi impiis opinionibus, cultus ſcilicet divini & meriti, ſervanda ſunt vota cœlibatus.

Secundo opponunt Pontificii pro defenſione voti cœlibatus ſeu continentiæ, locum 1. *ad Timoth.* 5. ubi Paulus viduas quæ ſemel in miniſterium Chriſti receptæ ſunt; nubentes, priorem fidem abnegaſſe dicit. Verba Apoſtoli hæc ſunt: *Viduæ cum laſcivire cœperunt adverſus Chriſtum, nubere volunt. Ex eo damnandæ, quod primam fidem rejecerint.* Reſp. Illis verbis: *Viduæ, poſtquam laſcivire cœperunt adverſus Chriſtum, iterum nubere volunt*, Apoſtolus intelligit, quod ſcilicet amiſſo pudore omnem honeſtatis curam abjiciunt, & ad omnem laſciviam ſe proſtituunt. Præterea Apoſtolus illic eam ætatem præſcribit, quæ ſit communiter extra periculum incontinentiæ: nam ſolas mulieres ſexagenarias admittit ad diaconiſſas, ut pauperibus miniſtrent. Itaque Paulus velle viduas poſt votum nubere, non ſimpliciter damnat, ſed laſciviendo contra Chriſtum & abjecta fide velle nubere, hoc vero damnat. Ita tradunt *Calvin. lib.* 4. *inſtitution. c.* 13. *Chemnicius in examine Concilii Tridentini.* in loco *de cœlibatu & virginitate, cap.* 9.

Tertio adverſatur locus 1. *ad Corinth.* 7. *verſ.* 1. ubi inquit Apoſtolus: *Bonum fuerit viro mulierem non attingere.* Reſp. *Bonum* ibi non ſignificat honeſtum, quod opponitur malo, ſed expediens & commodum, propter tot moleſtias & ſollicitudines, quæ conjugatos manent. Itaque quod ibi *bono* opponitur, Paulus Apoſtolus vocat tribulationem & afflictionem carnis. Nec dicit ſimpliciter bonum eſſe, ſic manere ut ego ſum, ſed bonum eſt propter urgentem neceſſitatem. *verſ.* 26. ejuſdem *cap.* Ita hunc locum erudite poſt Auguſtinum explicant *Eraſmus* & *Beza d. cap.* 7.

Denique hanc ſententiam, quod voto cœlibatus homines non ſint neceſſario adſtricti, ſed liceat iis etiam poſt pactum cœlibatus, ſi continere ſe non potuerint, nubere & matrimonium contrahere, ſaniores & orthodoxi patres approbant. Quod confirmat inter alia multa teſtimonia, celebris illa & nota Cypriani ſententia, quæ extat *lib.* 1. *epiſt. c.* 11. *Si virgines ſeſe ex fide Chriſto dica-*

ve-

verunt, publica & caſta ſine ulla fabula perſeverent, & ita fortes & ſtabiles præmium virginitatis expectent. Sin autem perſeverare nolunt aut non poſſunt, melius eſt ut nubant, quam ut in ignem ſuis deliciis cadant. Certe nullum fratribus aut ſororibus ſcandalum faciant. Hæc manifeſta eſt ſententia, virginibus etiam, quæ voto virginitatis ſe obſtrinxerint, ſi poſtea ita perſeverare non poſſint, imo etiam ſi nolint perſeverare, melius eſſe nubere, quam uri vel ſcandalum dare laſciviendo. Plura inſignia teſtimonia Patrum, quibus vota cœlibatus rejiciuntur & improbantur, citat & allegat *Chemnic. d. c. 9. de cœlibatu & virginitate, in examine Concilii Tridentini.* Illud obiter notandum, quod primus Papa Syricius, (qui vixit circa annum Domini 400. & Ambroſii ætate,) definivit & ſanxit ſacerdotes cœlibes manere oportere. Cui deinde ſuffragatus eſt Papa Calixtus, de quo iſti verſus cantantur:

O bone Calixte, totus mundus perodit te.
Quondam presbyteri poterant uxoribus uti:
Hoc deſtruxiſti, poſtquam tu Papa fuiſti.

Plane ante illa tempora presbyteros fuiſſe conjugatos, comprobatur exemplo Gregorii Nazianzeni, qui fuit doctor facundiſſimus, cujus pater Epiſcopatum geſſit in eccleſia. Et de eo canit Baptiſta Mantuanus, ut refertur in *libro 4. Catalogi teſtium veritatis.*

Præſule patre ſatus (nam tunc id jura ſinebant)
Paſtorale pedum geſſit poſt funera patris.

ASSERTIO XCVII.

Liberi naturales per ſubſequens matrimonium legitimantur, etiamſi dotalia inſtrumenta non intervenerint.

DIſputatur inter DD. an ſi pater cum ea muliere quam prius concubinæ loco habuit, poſtea nuptias contraxit, ſi dotalia inſtrumenta non intervenerint, liberi tamen nihilominus fiant legitimi. Et verior probabiliorque eſt ſententia, liberos nihilominus effici legitimos, licet dotalium inſtrumentorum confectio non intervenerit. Nam beneficium legitimationis liberorum a Juſtiniano non inſtrumentis dotalibus aut doti tributum eſt, ſed nuptiis, & juſtæ ſequenti conjugali conjunctioni. Proinde ubicunque conſtabit nuptias eſſe contractas, idem beneficium locum habebit. *l. in omnibus cauſis. 68. ff. de R. J.* Perficiuntur autem nuptiæ ſolo contrahentium conſenſu, & dos quidem ſine nuptiis conſiſtere non poteſt; at nuptiæ ſine dote & dotalibus inſtrumentis eſſe poſſunt. *l. nuptias. 30. ff. de R. J. §. nuptias. novell. 22. l. 3. ff. de jur. dot. l. ult. C. de donat. ante nupt.*

Sed graviter obſtat *l. cum quis. 10. & l. nuper. 11. C. de natur. lib.*

lib. &c. §. ult. inſtit. de nupt. in quibus locis Juſtinianus dicit ſe hoc beneficium tribuere iis, qui dotalia inſtrumenta cum muliere fecerint, ſeu qui ad dotalia inſtrumenta pervenerint. Reſp. Juſtinianus non ad ſubſtantiam, ſed ad probationem matrimonii tantum exigit dotalia inſtrumenta, ne quid hic a conjugibus ſimularetur ad ſtatum liberorum confirmandum, cum illis temporibus non aliter certo ſoleret conſtare nuptias ſerio fuiſſe contractas, quam dotalibus inſtrumentis interpoſitis, quam & cauſam Imperator ipſe reddidit in §. *illud quoque. nov.* 74. Hodie autem moribus noſtris, cum in publico eccleſiæ cœtu matrimonia publice contrahi debeant, & a miniſtris publicis piiſque precationibus benedici, ita ut de iis dubitari non poſſit, nihil amplius ad fidem matrimonii, & confirmationem liberorum exigendum eſt. Eaque ſententia hodie magis recepta & approbata eſt jure canonico, in *c. tanta. extra. qui fil. ſint legit.* Quod jus canonicum in materia matrimonii, tanquam ſpirituali, judicando & conſulendo ſequimur. *c. penult.* & *ult. extr. de ſecund. nupt.* Verior itaque & ſanior eſt opinio, quod hodie inſtrumentorum dotalium confectione opus non ſit, quoties per ſubſequens matrimonium liberi legitimantur, ſed quod ſolo conſenſu tale matrimonium perficiatur. *l. penult. C. de inceſt. nupt.* Quinimo cum matrimonia uſque ad extremum vitæ ſpiritum ſolo conſenſu recte contrahantur. *l. hoc genus.* 106. *ff. de cond. & demon. &c.* ideo etiam in extremo articulo mortis hoc modo nuptiis cum concubina ſola voluntate & profeſſione confectis, liberi legitimari poſſunt. Ita decidunt *Baldus in auth. licet. C. de nat. liber. Angel.* & *Weſemb. ad* §. *ult. inſt. de nupt. Jaſon in l. ſed eſt quæſitum. ff. de lib. & poſth. num.* 5. 6. & 7. *Donell.* 2. *comm. jur. c.* 21. in fine. *Cujac. lib.* 13. *obſerv.* 4. *Fachinæus* autem *libro* 3. *controverſ. jur. c.* 51. decidit, jure canonico liberos quidem per ſubſequens matrimonium legitimari, ſed non jure civili, quando non interveniunt dotalia inſtrumenta.

ASSERTIO XCVIII.

Sponſi de præſenti non aliter participant lucra dotalia, niſi matrimonium copula fuerit conſummatum, vel deductio in domum ſecuta.

QUæritur, utrum, ſi ſponſalia per verba de præſenti ſint contracta, neque ſecuta fuerit traductio in domum mariti, nec copula carnalis, ſponſi ſint participes lucrorum, quæ alterutro moriente ex ſtatutis ſuperſtiti debentur. Et verius eſt, legibuſque magis conſentaneum, ſponſos de præſenti non aliter participare lucra dotalia, niſi matrimonium copula fuerit conſummatum, vel ſponſa in domum mariti deducta. Rationes decidendi ſunt, quia videtur

facta promiſſio ſeu datio dotis, ſub conditione, *ſi ipſa virgo ducatur in domum, & ſequatur copula*, prout fieri ſolium eſt ab omnibus. argum. *l. ſtipulationem.* 21. *l. non enim.* 37. *l. promittendo.* 41. in princip. *ff. de jure dot. l. cum veterum.* 15. *C. de donat. ante nupt. &c.* Unde cum impleta non fuerit conditio, debet ceſſare lucrum & acquiſitio ipſius dotis. Altera ratio eſt, quia mens ſtatuti defert lucra nuptialia in compenſationem onerum matrimonii; onera autem non ſubit maritus ante contractum re ipſa matrimonium. *l. pro oneribus.* 20. *C. de jur. dot. l. ſi quis pro uxore.* 21. §. 1. *ff. donat. int. vir. & ux.*

Objicitur primo, quod conjuges ſint inter ſe ſocii rerum divinarum atque humanarum. *l. adverſus.* 4. *C. de crim. expil. hered. l.* 1. *ff. de rit. nupt.* & infortunia unius debent eſſe communia alteri. Quæ ratio etiam in ſponſa de præſenti locum habet. Reſp. Tunc demum vere ipſa ſocietas omnium commodorum & incommodorum incipit, cum matrimonium per copulam ad effectum eſt deductum. Nam tunc demum conjuges labores & operas ſuas communicant, præbent ſibi mutuo ſolatia in rebus adverſis, & laborantibus opem ferunt, juxta dictum Sacræ Scripturæ: *Non eſt bonum homini eſſe ſolum; faciamus ei adjutorium, quod ſit coram eo. Geneſ.* 2. *v.* 18.

Secundo repugnat regula juris, quod nuptias facit ſolus conſenſus, neque ad eſſentiam earum concubitus requiritur. *l. nuptias.* 30. *ff. de R. J.* Ergo etiam ante copulam ſecutam ſponſalia habentur pro vero matrimonio. Reſp. Habentur quidem talia ſponſalia de præſenti pro vero matrimonio, quoad vinculum matrimonii, ita ut ab hiſce ſponſalibus recedere non liceat etiam utriuſque partis conſenſu. *c. ſi inter. extr. de ſponſal.* Sed tamen is ſponſus, qui ſtetit in meris finibus voluntatis, nec id complevit, propter quod nubimus, mariti appellatione non cenſetur denominandus. *c.* 1. *extra. de frigid. & malefic. l. ult. C. de ſponſal.*

Tertio opponitur. Statutum, ut conjux ſuperſtes lucretur dotem vel alia lucra dotalia, eſt favorabile. Atqui in favorabilibus ſponſa de præſenti uxoris loco habetur. *l. ſi ſponſa.* 74. *ff. de jur. dot. l. lex Julia.* 4. *ff. de fund. dot. l. item apud.* 15. §. *ſponſum.* 24. *ff. de injuriis. l.* 2. §. *ſi ſponſa.* 1. *ff. de priv. cred. l. non ſine ratione.* 5. *C. de bon. quæ lib. &c.* Reſp. Verba ſtatuti debent accipi, prout vulgo ex conſuetudine loquendi accipiuntur. *l. Labeo.* 7. *ff. de ſup. leg.* Sed vulgo eum appellamus maritum, non qui tantum cum ſponſa deſponſatus eſt, ſed qui cum effectu & re ipſa matrimonium complevit. Ergo quamvis privilegia nuptiarum ex certo favore deſponſatis plerumque competunt, tamen cum agitur de dote viro applicanda, nulla civilis ratio permittit in præjudicium feminarum de nuptis ad deſponſatas fieri extenſionem.

Quarto objicitur *l. penult. C. de inceſt. nupt.* ubi dicitur, quod non

non licet mihi fratris uxorem ducere in conjugem, etiamſi cum ea non intervenerit carnalis copula, quia ſatis eſt inter eos interveniſſe ſponſalia de præſenti, ut ſint vir & uxor. Reſp. Proprie per ſponſalia de præſenti non contrahitur affinitas, ſed publica honeſtas & verecundia quædam introducitur, propter quam ab hujusmodi nuptiis abſtinendum eſt. *l. ſi qua mihi.* 12. §. 1. *ff. de rit. nupt. l. Servius.* 8. *ff. de grad. & affin. & nomin. eor.*

Quinto adverſatur *l. ſi uxor.* 13. §. *Divi.* 3. *ff. ad l. Juliam de adult.* ubi etiam cum ſponſa de præſenti committitur adulterium. Ergo ſi in odioſis ſponſalia de præſenti habentur pro matrimonio, multo magis in favorabilibus. Reſp. Etſi committatur adulterium in ſponſa de præſenti, tamen non dicuntur propterea ſponſalia de præſenti verum eſſe matrimonium, quia additur in textu, *nec ſpem qualemcunque matrimonii violare eſt permiſſum.* Adde quod hoc propter publicam utilitatem eſt introductum: publice enim intereſt, delicta non manere impunita, & pudicitiam coli. *l. ita vulneratus.* 51. *ff. ad l. Aquil.*

Sexto opponitur hoc modo: Si alicui relictum ſit legatum ſub conditione, ſi matrimonium contraxerit cum Titia, debetur legatum, ſi cum Titia contraxit matrimonium per verba de præſenti, etiamſi Titia ante conſummatam copulam decedat. *l. cui fuerit.* 15. *ff. de cond. & demonſtr. &c.* Reſp. Hoc verum eſt, ſi legatum ab extraneo aliquo relinquatur juveni vel puellæ: hoc enim debetur ſtatim, ubi conſenſu matrimonium eſt peractum. Verum lucrum quod ex ſtatutis ſuperſtiti conjugi debetur ex bonis prædefuncti conjugis, hoc non debetur, niſi matrimonium facto & re ipſa conſummatur; quia debetur partim propter officia & obſequia ſibi invicem a conjugibus præſtita, partim propter onera matrimonii nomine ſuſtentata.

Septimo refragatur hoc argumentum: Donationes prohibitæ inter virum & uxorem, cenſentur etiam prohibitæ inter ſponſos de præſenti. *l. penult. ff. de donat. int. vir. & ux.* Ergo & lucrum quod debetur ſuperſtiti conjugi ex bonis prædefuncti, ſtatim ei acquiſitum cenſetur, cum matrimonium conſenſu ſolo eſt peractum. Reſp. Simplices donationes prohibitæ ſunt inter conjuges vel ſponſos de præſenti, ſed hæc lucra dotalia de quibus hic agimus, non cenſeri debent puræ & ſimplices donationes, ſed contrahuntur ob cauſam, ſcilicet in honorem bene tranſacti matrimonii. Ergo non debentur, niſi matrimonium plene & cum effectu ſit conſummatum; per ingreſſum thori maritalis.

Octavo objicitur: Dos non poteſt dici, ubi matrimonium non eſt contractum. *l.* 3. *ff. de jur. dot.* Sed quod ſponſus accepit a ſponſa, habet nomen dotis ante aliam conſummationem. *l.* 2. §. *ult. ff. de priv. cred.* Item privilegium legis Juliæ de fundo dotali habet etiam in ſponſa locum, ſicut in uxore, ne poſſit alienare fundum dotalem.

dotalem. Reſp. Hæc non obſtant aſſertioni noſtræ, quia ea accipitur de lucro & commodo, quod acquirit ſuperſtes ex bonis prædefuncti conjugis. Verum prædictæ leges loquuntur de iis bonis, quæ ob futurum matrimonium data ſunt in dotem; hæc repetuntur juſte, ſi matrimonium cum effectu non ſit conſummatum per copulam.

Poſtremo opponitur *l. non ſine. 5. C. de bon. quæ lib. &c.* ubi traditur, quod ſicut quæſita ſeu donata a marito, uxor non acquirit patri, niſi quoad uſumfructum, ſic nec quæſita a ſponſo. Reſp. In ea lege conſtituitur, quod ea tantum lucratur ſponſa, quæ illi a ſponſo expreſſe donata ſunt in teſtamento vel inter vivos; nihil vero diſponitur ibi de lucris dotalibus, quæ ex conſuetudine vel ſtatuto ſuperſtiti conjugi debentur. Ita decidunt *Ferrar. in pract. in form. libell. quo uxor agit ad dotem.* in gloſſa *uxoris quondam. num. 5. Anton. Guibertus de ſponſal. cap. quid ſint. ſponſalia. num.* 8. & ſeqq. *Sneidew. ad inſt. lib. 3. tit. 1. in cap. de ſucceſſ. viri & uxoris, num. 121. Chaſſan. in conſuet. Burg. rubr. 4. §. 6.* in verbis *femme mariée*, ubi refert, ita in Parlamento Pariſienſi fuiſſe judicatum, licet ipſe videatur contrariæ ſententiæ adſtipulari, quod ſcilicet ſponſi de præſenti etiam non ſecuta copula gaudeant lucris dotalibus ex conſuetudine vel ſtatuto ſuperſtiti conjugi debitis. *Boër. deciſ. 22. num. 33.* ubi tradit, de conſuetudine a jure & a doctoribus communiter approbata requiri, quod ſponſa fuerit ad domum viri traducta, & ibi ipſe vir cum ea cubuerit, aut etiam alibi, licet carnaliter non fuerit ab eo cognita: pro qua ſententia facit, quod dicitur, *Au coucher gaigne la femme ſon doüaire. Cujac. lib. 2. feud. tit. 9.*

ASSERTIO XCIX.

Polygamia omni jure tum divino, tum humano prohibita eſt.

NON licet alicui Chriſtiano duas pluresve uxores ſimul habere. Quæ ſententia multis Sacræ Scripturæ teſtimoniis comprobatur, ex quibus hæc duo præcipua ſufficiant. Primo adducitur textus in *c. Geneſ. 2.* ubi Deus auctor & ordinator conjugii ita pronuntiat: *Propter hoc relinquet homo patrem & matrem ſuam, & adhærebit uxori ſuæ, & erunt duo in carne una.* Non dixit tres vel plures, ſed duo, nec dixit adhærebit uxoribus, ſed uxori. Secundo hanc legem latam in prima conjugii inſtitutione, Chriſtus redemtor noſter in Novo Teſtamento, *cap. 19. Matth. verſ. 5.* & 9. repetit, hiſce verbis: *Propterea relinquet homo patrem & matrem, & agglutinabitur uxori ſuæ, & qui duo fuerunt, erunt una caro.* Adhæc ibi ſubjungitur: *Quod qui dimiſerit uxorem ſuam, & aliam duxerit, mœchatur.* Si uxore dimiſſa alia duci de jure non poteſt, longe fortius

tius nec aliam ea retenta ducere fas erit. Quod ad jus civile attinet, hæc deciſio ſatis manifeſte convincitur ex definitione matrimonii tradita in *l. 1. ff. de rit. nupt.* & §. 1. *inſt. de patr. poteſt.* ubi matrimonium definitur, quod *ſit maris & feminæ conjunctio, individuam vitæ ſocietatem continens.* His verbis *maris & feminæ*, JCtus oſtendit matrimonium juſtum unius maris & unius feminæ conjunctione conſtare. Imo & ſacratiſſimis Imperatoribus Romanis polygamia diſplicuit, eamque graviter deteſtati ſunt. Sic *in l. 2. C. de inceſt. nupt. Impp. Diocletianus & Maximianus* reſcripſerunt, *Neminem qui ſub imperio Romano vivit, poſſe ſimul duas uxores habere.* Adhæc ei, qui binas uxores vel bina ſponſalia eodem tempore conſtituta habet, infamia irrogatur. *l. 1. ff. de his qui not. infam.* Imo pœna ſtupri & adulterii tenetur. *l. eum qui duas. 18. C. ad l. Jul. de adult.* ubi *gloſſ.* & DD. Quinimo & pœna capitalis, hoc eſt, gladii, in ordinationibus imperii in utrovis ſexu in hoc genere delicti eſt decreta. *Ord. Imp. c.* 121. Vide *Weſemb.* paulo aliter diſtinguentem *in parat. ff. ad l. Jul. de adult. num.* 8. *Menoch. de arbitr. jud. caſ.* 420. *n.* 96. & ſeqq. qui ſtatuit, judicis arbitrio pro qualitate facti & perſonarum hos eſſe puniendos per textum in *l. 2. C. de inceſt. nupt.*

Sed objicitur, quod in veteri teſtamento multi ſancti viri plures uxores habuiſſe leguntur. Sic Lamechus duas accepit uxores *Geneſ.* 4. *verſ.* 19. qui primus bigamus fuit, & legitimi conjugii corruptor. Sic Jacob duas habuit uxores uno & eodem tempore, Rachelem & Leam: *Geneſ.* 29. idque Deus tunc temporis toleravit. Reſp. Polygamia nunquam fuit jure divino permiſſa. & talia patrum exempla non imitanda, ſed admiranda ſunt. *Ab initio* enim *non erat ſic*, ut inquit filius Dei *Matth.* 19. ubi nos revocat ad primam inſtitutionem conjugii; nempe quod debeant eſſe duo, & non plures in carne una. Ergo quod primæ inſtitutioni reſpondet, id rectum, bonum, juſtum ac Deo acceptum eſt. Nec refert quid Patres & alii homines fecerint, quia *ſequi oportet non hominum conſuetudinem, ſed veritatem Dei*, teſte Cypriano. Ideo autem Patres plures uxores ſimul habuerunt, propter promiſſum ſemen mulieris, quod contriturum erat caput antiqui ſerpentis, quod Patres ſummo deſiderio expectabant & petebant, ſicut Chriſtus teſtatur *Lucæ* 10. Unde & *Tertullianus in libro de Monogamia*, vocat patrum polygamiam licentiam paſſivam. Cum ergo Deus non probaverit patrum polygamiam, ſed per conniventiam toleraverit tantum, ideo illorum exempla non ſunt imitanda. Et non tantum ſpectandum eſt, *quid Romæ factum eſt, ſed quid fieri debuerit. l. ſed licet. 12. ff. de off. præſ.*

Secundo in contrarium adducitur locus ex *cap. 19. Matth. verſ.* 7. & 8. ubi traditur, quod Moyſes permiſerit maritis dare libellum repudii uxoribus ſuis, & iis dimiſſis alias ducere. Ergo ſi hoc

Moyſes conceſſit Judæis, electo populo Dei, videtur polygamia aliquando licita fuiſſe, & per conſequens Chriſtianis non deneganda. Reſp. In eodem loco mox ſubjicitur reſponſio ad hanc argumentationem, quod hoc Moyſes non conceſſerit quaſi licitum & rectum, ſed propter duritiem cordis Judæorum hoc genus repudii toleravit, & diſſimulavit, tanquam levius malum, ne gravius quicquam ab iis committeretur. Unde ibidem Chriſtus hanc licentiam tollit & abrogat, & ad primam inſtitutionem conjugii nos revocat, ut ſcilicet quilibet tantum unam uxorem eodem tempore ducat, eique individuo & perpetuo nexu uſque ad mortem adhæreat. Hoc ſolum nobis licitum & rectum cenſeri debet, quod lege divina nominatim conceditur, cujus ſola voluntas ſtatuit boni & mali diſcrimen, cujus lex tantum nobis eſſe debet ſancte pieque vivendi regula. Plura de hac quæſtione eleganter differentem vide *Bezam in tract. de polygamia*, & *Martyrem in claſſibus locor. commun. claſſ. 2. c. 10.* & *in librum. 1. Samuelis, c. 25.* Diſſentit *Bernardus Ochinus in libro de polygamia*, quem accuratiſſime refutavit *Th. Beza* in eleganti *tractatu* ſuo *de polygamia*, & *Petr. Martyr. in locis communibus, claſſ. 2. 10.*

ASSERTIO C.

Matris & tutorum conſenſus non requiritur de jure civili in ſponſalibus vel nuptiis filiæ ſeu pupillæ.

DIſputatur inter DD. an etiam in puellæ ſponſalibus vel nuptiis de neceſſitate requiratur conſenſus matris vel tutorum. Et ſtatuendum eſt tanquam verius & probabilius de jure civili, quod matris vel tutorum conſenſus in ſponſalibus vel nuptiis pupillæ vel adultæ non requiratur. Ratio hujus deciſionis eſt manifeſta, quia eorum tantum conſenſus deſideratur in nuptiis, qui patriam poteſtatem in contrahentes habent. *princ. inſt. de nupt.* in verb. *in quorum ſunt poteſtate. l. 2. ff. ritu nupt.* At vero cum liberi non ſint in poteſtate matris, multo minus in poteſtate tutorum vel curatorum. §. *feminæ.* 10. *inſt. de adopt. l. in copulandis.* 8. *C. de nupt.* Ideo eorum voluntas ad nuptias non cenſetur neceſſaria. Huc facit, quod nec approbatione patris, filio filiæve emancipatæ jure civili ad eſſentiam nuptiarum eſt opus *l. filius. 25. ff. de rit. nupt.*

Sed huic deciſioni graviter repugnant. *l. 1. l. vidua. 19. l. in conjunctione. 21. C. de nupt.* ubi ſtatuitur, quod filia minor 25 annis, ſive ſit virgo, ſive vidua, imo etiam ſi ſit emancipata, nihilominus debet habere conſenſum patris. Si vero patre eſt orbata, adhuc debet conſenſum matris & tutorum impetrare. *Cujac. lib. obſ.*

obſ. 3. *cap.* 5. putat hac in re differentiam ſtatuendam eſſe inter filium & filiam, ita ut filius emancipatus, etiamſi ſit minor 25 annis, non teneatur in nuptiis adhibere conſenſum patris; filia autem etiam emancipata conſenſum patris adhibere debeat. Quod ſi patre mortuo filia minor 25 annis ſui juris ſit effecta, tunc matris & tutorum conſenſum etiam impetrare cogatur. per *d. l.* 1. *l. vidua.* & *d. l. in conjunctione. C. de nupt.* Ideo autem magis diſtricte & neceſſario vult in nuptiis filiæ adhiberi conſenſum parentum & tutorum, quam in nuptiis filii, quia filiæ, propter ſexus imbecillitatem, magis quam filii in contrahendis nuptiis errare & decipi poſſunt, *cum ſæpe contra propria commoda feminæ laborare deprehendantur. l. ſi pater.* 4. *C. de ſponſal.* Sed mihi probabilius & rectius ita videtur ſtatuendum, quod matris conſenſus non ſit neceſſarius in nuptiis filiæ. Et quod *l.* 1. *C. de nupt.* etiam matris conſenſum efflagitare videtur, id non neceſſitate concluſit, ſed pudori & reverentiæ filiæ reliquit. Ita ſtatuit *Weſemb. ad princ. tit. inſt. de nupt. num.* 6.

Quod ad tutores attinet, tutorum conſenſus videtur neceſſarius fuiſſe in ſponſalibus pupillæ. *d. l.* 1. *C. de nupt.* quia pupilli ſunt quaſi in horum poteſtate, cum tutor magis detur perſonæ quam rebus. *l. in copulandis.* 8. *C. de nupt.* Nam nuptias ii, quibus tutores præſunt, id eſt, impuberes contrahere non poſſunt, ideoque in iis fruſtra diſputatur de conſenſu tutorum. Cæterum cum hodie prope ſublatum ſit omne tutelæ & curæ diſcrimen, & tutores iidem maneant, qui & curatores, idem in tutoribus ſtatuendum videtur in nuptiis vel ſponſalibus pupillæ, quod in curatoribus obtinet; ut ſcilicet tutorum conſenſus & approbatio neceſſario non requiratur. *d. l. in copulandis. l. ſciendum.* 20. *ff. de ritu nupt.*

Hæc de conſenſu matris, quod ſcilicet neceſſario non requiratur in nuptiis liberorum, obtinent de jure civili, cum mater liberos non habeat in poteſtate. §. *ult. inſt. de patr. pot.* Verum cum jure divino par reverentia debeatur patri & matri, ſecundum præceptum 5 decalogi, non ſolum patris, ſed etiam matris conſenſus neceſſario requiritur in nuptiis liberorum. Etſi enim inæqualis eorum poteſtas, tamen parentibus pietas æqualis debetur. *l. cum furioſus.* 7. *C. de curat. furioſ. l. parentes.* 6. *ff. de in jus voc.* Et hæc ſententia in bene conſtitutis rebuſpub. & reformatis eccleſiis moribus obſervatur, quod ſcilicet utrorumque parentum ſuffragium in liberorum, præſertim minorum 25 annis, nuptiis contrahendis de neceſſitate requiratur, nec abſque eo nuptiæ contrahi poſſint. Si tamen nuptiæ ſint contractæ, & per copulam conſummatæ, ob parentum diſſenſum non diſſolvuntur. arg. *l. patre.* 8. *ff. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt. l.* 1. in fin. & *l.* 2. *ff. de lib. exhib.* Ratio eſt, quia res integra eſſe deſiit, & magna fieret injuria puellæ, ſi poſtquam vitiata eſſet, ſimul cum virginitate maritum quo-

que amitteret. *c. cum cauſa. extr. de raptor.* Si vero initiata tantum ſunt matrimonia, vel ſponſalia de præſenti contracta, poſſunt ob diſſenſum parentum reſcindi, quoties parentes habent juſtas & probabiles cauſas contradicendi. Ita decidit *Weſemb. in parat. ff. de ritu nupt. num.* 3. & 8.

C E N-

Digitized by Google

CENTURIÆ II. MISCELLANEARUM ASSERTIONUM CONTROVERSARUM, SEU ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ.

Assertio I.

Dos non pertinet ad ſubſtantiam matrimonii, nec ob dotem promiſſam non ſolutam maritus uxorem expellere poteſt.

DOS datur & conſtituitur propter nuptias, neque ſine nuptiis aut matrimonio dos eſſe poteſt; e contra, nuptiæ ſine dote bene poſſunt contrahi. Non enim dotibus, ſed affectu & amore conjugali matrimonia contrahuntur. textus ſunt in *l. ult. §. ſicut. C. de donat. ant. nupt. novell.* 117. *c.* 3. Hinc legibus expreſſe cautum & deciſum eſt, quod vir ob dotem non ſolutam uxorem domo ſua expellere non poſſit. *l. ult. C. de repud. §. ſic itaque matrimonia. verſ. ſi quis ſub potestate. nov.* 22. Defendunt hanc ſententiam *Weſemb. in parat. ff. de jur. dot. num.* 6. *Gail lib.* 2. *obſ. c.* 87. *num.* 3. *Fachin. lib.* 3. *controverſ. jur. c.* 48. *Hotom. in tractat. de dotib. in cap. quo agit de jure dotium quod ante matrimonium ſpectatur.* Contrariam opinionem ſequuntur *Caſtrenſ. ad l. inſulam. §. uſuras. ff. ſolut. matr. Jaſon in §. fuerat. inſt. de act. num.* 98. *Gomeſ. ad ll. tauri. l.* 50. *num.* 31. *Boër. deciſ.* 22. *num.* 2. & 3.

Sed opponitur huic ſententiæ *l. ult. C. ad SC. Vellejan.* cujus hæc ſunt verba: *Neque ferendum eſt mulierem fieri indotatam, & ſic a viro forſan repelli, & diſtrahi matrimonium.* Reſp. In illa lege Imp. non permittit marito, ut uxorem expellat propter dotem non ſolu-

 tam,

tam, ſed tantum indicat periculum eſſe, ne vir uxorem ob eam cauſam de facto expellat, & matrimonium diſtrahat. Itaque Imp. ibi tantum proponit caſum, qui de facto propter non ſolutam dotem contingere poſſet, quod ſcilicet propter eam cauſam poſſet vir uxorem expellere, & ei repudium mittere; non autem affirmat ibi Imp. hoc a marito jure & recte fieri poſſe, ſicut eum textum multi perperam intellexerunt. Ita reſpondet nobiliſſimus JC. *Joachimus a Beuſt. in 2. parte de matrimon. c. 66.* Quæ ſententia habet evidentem & firmam rationem, quia marito poteſt alio remedio conſuli ad dotem conſequendam, nempe ope & officio judicis. Vel aliter etiam reſpondetur, quod hæc *l. ult. C. ad SC. Vell.* per novellas conſtitutiones abrogata & emendata eſt, ſcilicet *nov.* 22. §. *ſic itaque matrimonia. nov.* 53. §. *ult. nov.* 74. §. *ult.* & *nov.* 117. ubi ſtatuitur, ne mariti ea de cauſa uxores repudient, quod ſint indotatæ; & ſi ſecus faciant, & uxores ſuas repudient vel expellant propter non acceptam dotem, quod tunc quartam partem bonorum eis relinquere cogantur. Ita reſpondet *Hotom. in tract. de dotib. in c.* ubi agit *de jure dotium, quod ante matrimonium ſpectatur.*

Secundo objicitur *gloſſ. in* §. *ult. nov.* 2. in verb. *onera.* dum inquit, quod *videatur iniquum, quod uxor alatur a viro non tradita dote ſibi promiſſa.* Sed licet hoc verum ſit, non tamen ex eo recte infertur, uxorem poſſe a viro ob dotem non ſolutam expelli. Plane illud notandum eſt, quod non tenetur ſponſus ſponſam in uxorem ducere, ſi dotem quam promiſit, non ſolvat, dummodo res adhuc ſit integra, & copula non ſit ſecuta. *Joan. Andr. Imola* & alii *in cap. quemadmodum de jurejur.* per textum *in cap. de cond. appoſ. &c.* juxta communem intellectum *l. ſi ita ſtipulatus fuero.* 97. §. *ſi tibi nupſero.* 2. *ff. de V. O. Covarr.* 1. *part. de ſponſal. c.* 7. fac. *l. ſi donaturus.* 9. §. 1. *ff. de cond. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* ubi dicitur, quod maritus non cogitur uxorem indotatam habere. adde *l. pure.* 4. §. 5. verſ. *nunquid ergo. ff. de dol. mal. & met. exc.* ubi dicitur, non eſſe permittendum, ut mulier fiat indotata. *l. ult.* §. 1. verſ. *in maritum autem. ff. quæ in fraud. cred. fact. ſunt*, *ut reſt.* ubi dicitur, non eſſe præſumendum quemquam indotatam uxorem ducturum.

ASSERTIO II.

Dos ab heredibus mariti, propter adulterium mulieris retineri non poteſt.

SI uxor commiſit adulterium, & maritus, cum eſſet ejus ignarus, deceſſit nulla inſtituta accuſatione contra uxorem, quæritur, an heredes mariti poſſint retinere dotem propter adulterium uxoris.

ris. Et verior, jurique magis conſentanea eſt ſententia, heredes mariti dotis retentionem non habere. Quæ opinio hiſce argumentis præcipue comprobatur, quod de his quæ maritus æquo animo tulit, heredes ejus conqueri non debent.

Secundo judicium de moribus non tranſit ad heredes. *l. rei judicata.* 15. §. 1. *ff. ſolut. matr.* ubi dicitur, quod morum coërcitio non tranſit ad heredes mariti. Tertio actio injuriarum quæ defuncto competebat, non tranſit ad heredes, ſi defunctus eam non intentavit. *l.* 1. *ff. de privat. delict. l. injuriarum.* 13. in princ. *ff. de injuriis.* Atqui hoc judicium de moribus comparatur actioni injuriarum. Et regulariter actiones, quæ ad vindictam comparatæ ſunt, ad heredes non tranſeunt. *l.* 1. & *l. ult. Cod. de revoc. donation.* ubi dicitur, quod ſi donator in vita ſua non revocavit donationem ob ingratitudinem donatarii, heredem ejus revocare non poſſe, & ſic jus revocandi non tranſit ad heredem. *l.* 1. §. *ult. ff. ad SC. Syllan. l. omnimodo.* 30. *C. de inoff. teſtament.* ubi ſancitur, ſi pater filios ingratos non excluſit a ſua hereditate, non licere heredibus ejus hos ingratos nominare, & hujuſmodi querelam introducere: id eſt, ſi liberi non ſint a patre propter ingratitudinem exheredati, non poſſunt heredes patris contra eos, licet ingrati erga patrem extiterint, querelam inofficioſi teſtamenti inſtituere, & ſic eos a paterna hereditate excludere.

Sed opponitur huic deciſioni hoc argumentum: Nemo præſumitur actionem ſeu jus ſuum repudiare, quod ignorat ſibi competere. *l. mater.* 19. *ff. de inoff. teſt. l. legitimam.* 8. *ff. de petitione hereditatis.* Ideoque cum maritus ignorans adulterium ab uxore commiſſum (quod in dubio præſumitur. *l. mariti.* 29. in princ. *ff. ad l. Jul. de adult.*) non inſtituta accuſatione deceſſit, non cenſetur hanc injuriam remiſiſſe, ideoque ejus heredes recte & utiliter adhuc experientur, & dotis repetitionem impedire poterunt. Reſp. Non ea ratio iſtius juris, quod accuſatio de moribus defuncti non competat heredibus, eſt præſumta tantum defuncti voluntas, qui cenſeatur hanc injuriam remiſiſſe, ſed odium iſtius judicii, quod ad vindictam comparatum eſt, propter quod perinde habetur maritus, qui conqueſtus non eſt de crimine & vitio uxoris, ac ſi omnino uxori hoc delictum ignoviſſet. Sic & actio injuriarum non competit heredi, quæ a defuncto inſtituta non eſt, cui hoc judicium recte comparatur. Hanc deciſionem, quod ab heredibus mariti dos retineri non poſſit propter adulterium uxoris, ſi maritus inſcius perpetrati criminis deceſſit, nulla inſtituta adulterii accuſatione, defendit *Duaren. ad l. res judicata.* 15. *ff. ſolut. matr.* Diſſentiunt *Menoch. de arbitrar. judic. lib.* 2. *cent.* 5. *caſ.* 419. *num.* 58. & ſeqq. *Anton. Guibert. in tractatu de dotib. c.* 6. *num.* 28. Prædictam aſſertionem comprobant *Bart. ad d. l. rei judicata.* §. 1. *ff. ſol. matr. Specul. in tit. de donat.* §. *quod ſi mulier. Bald.*

 conſ.

conſ. 132. *incip. petens de firmo. volumine* 5. Ubi addit, quod heres mariti conventus de reſtitutione dotis non ſolum non poteſt excipere de adulterio ab uxore commiſſo, ſed nec accuſare eam adulterii poteſt. Pœna enim privationis bonorum propter delictum, non tranſit ad heredes delinquentis. *l. ejus qui delatorem.* 29. *ff. de jur. fiſc.* & ibi *Bart.* Eandem ſententiam approbat *Guidon. Pap. ſing.* 431.

ASSERTIO III.

Tutela eſt vis ac poteſtas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem ſe defendere nequit, jure civili data & permiſſa.

Extat hæc definitio tutelæ a JC. Servio Sulpitio tradita in *l.* 1. *ff. de tutelis.* & §. 1. *inſt. eod.* quæ abſoluta eſt & elegans, deſumta a cauſa efficiente, materiali & finali. Generis loco poſita hæc ſunt, *Vis & poteſtas*, id eſt, auctoritas gubernandi perſonam, & adminiſtrandi bona pupilli; non, ut perperam Accurſ. qui *vim* hic accipit pro violenta poteſtate. *In capite libero:* hæc verba materiam & ſubjectum tutelæ continent, & referenda ſunt ad pupillum qui ſui juris eſſe debet, & a dominica vel patria poteſtate ſolutus. *Ad tuendum, &c.* hæc cauſam finalem tutelæ, ſeu effectum & officium tutorum reſpiciunt, qui in hoc dantur, ut vitam, mores, bonaque pupillorum tueantur. Poſtremo quod ſubjicitur, *jure civili data & permiſſa*, hoc ad cauſam efficientem pertinet: *data* ſcilicet legitima & dativa tutela, quæ a lege & magiſtratu deferuntur: *permiſſa* ſcilicet teſtamentaria, quam lex dari permittit a teſtatore. *l.* 1. *ff. de teſt. tut. l.* 1. *ff. de legit. tut.*

Huic definitioni pleraque adverſantur. Et primo videtur tutela male definiri poteſtas, quia ii qui in tutela vel curatione ſunt, ſui juris eſſe dicuntur, & in aliena poteſtate eſſe negantur. *princ. inſt. de tutel.* Reſp. Aliter accipitur poteſtas, cum dicitur quis eſſe in poteſtate; aliter, cum tutela poteſtas definitur. Quod traditur hic, quod tutela ſit poteſtas, hoc de auctoritate, item gubernatione perſonæ, & adminiſtratione bonorum intelligendum eſt; quod ſcilicet tutela eſt poteſtas, quæ circa gubernandos mores pupilli, & bona ejus eſt occupata. Tutor enim datur imprimis, ut pupillum cum ſua familia alat & tueatur, eumque ſtudiis optimiſque vitæ moribus imbuat, deinde ut bona pupilli curet & adminiſtret. *l. cum plures.* 12. §. *cum tutor.* 3. *ff. de adm. & peric. tutor. & curat. &c.* Non autem tutor habet poteſtatem in perſonam pupilli, ſi jus ſtatus vel capitis reſpicias, quæ poteſtas ſoli domino & patri in perſonam ſervi & filii competit. Unde pupilli caput liberum eſſe dicitur.

Se-

Secundo huic enunciato, quo aſſeritur, tutelam eſſe poteſtatem in caput liberum, quod perinde valet, ac ſi dicas in pupillum liberum vel ſui juris, refragatur *l. ult.* §. *minores.* 2. *C. de ſentent. paſſ. & reſtitut.* ubi filiofamil. tutor datur. Item adverſatur *l. ſi impuberi.* 13. *ff. de tutor. & curat. dat. ab his qui &c.* ubi pupillo ſervo tutor datur. Ad priorem legem reſpondetur, quod ibi pater filiifam. erat deportatus in inſulam: quo caſu patria poteſtas extinguitur, quoad durat pœna deportationis, & interim ei tutor datur, qui tamen patre reſtituto in priſtinum ſtatum deponit officium tutelæ, & jus adminiſtrationis revertitur ad patrem. Ad poſteriorem reſpondetur, quod hoc ſingulari jure conſtitutum eſt, ut ſervo impuberi, cui ſimul a domino libertas per fideicommiſſum eſt relicta, propter certam ſpem, indubitatam, ac infallibilem inſtantem libertatis tutor detur, ut & alibi ſæpe ſervus agit contrahitque. *l. & eleganter.* 7. §. *ſervus.* 8. *ff. de dolo. l. vix certis.* 53. *ff. de judic.*

Tertio ei quod traditur tutelam eſſe jure civili inventam, repugnat §. *ult. inſt. de Attil. tut.* ubi ſtatuitur, tutelam eſſe jure naturali introductam. Naturale enim eſt, ut is, qui perfectæ ætatis non eſt, alterius tutela regatur. Reſp. Quoad originem, inſtitutionem ac materiam, a jure gentium ſeu naturali tutela producta eſt, incrementum vero & formam accepit a jure civili. Naturali, ſiquidem rationi conveniens eſt, ut impuberes qui propter lubricum animi conſilium & ætatis infirmitatem ſe ipſos regere non poſſunt, a prudentioribus, qui firmum jam habent judicium, regantur & defendantur.

ASSERTIO IV.

Tutor rem pupilli emere prohibetur.

NE duplici officio fungatur tutor, & venditoris & emtoris, rem pupilli emere non poteſt; neque etiam in rem ſuam auctor fieri poteſt. textus eſt in *l. ſi in emptione.* 34. §. *ult. ff. de contr. empt.*

Sed graviter adverſatur *l. cum ipſe tutor.* 5. *C. de contr. empt.* ubi affirmatur, tutorem poſſe bona pupilli palam & bona fide comparare. Reſp. Sub diſtinctione. Aut tutor ſolus emit rem pupilli & a ſe ipſo, & talis emptio nulla eſt & inutilis. *l. pupillus.* 5. §. *item ipſe.* 2. *ff. de auctorit & conſenſ. tutor. & curat.* ubi JC. requirit, ut valida ſit emptio rerum pupillarium, ut tutor emat a contutore, vel contutoris auctoritate. hoc enim eſt palam & bona fide emere. Aut tutor emit rem pupilli cum auctoritate contutoris, & hæc emptio valet, tanquam palam & bona fide contracta. *l. non exiſtimo.* 54. *ff. de admin. & peric. tut. &c.* ubi addit JC. multum referre, utrum tutor palam aperteque ſe debitorem, ut extraneum

& quemlibet faciat pupilli, an ſub adminiſtratione tutelæ latenter ſua commoda pupilli pecunia adjuvet. Minor enim aut nulla doli præſumtio eſt contra eum, qui palam aliquid facit, ne tum quidem cum delinquit. *d. l. 5. §. ſane ſi ipſe. 4. ff. de auct. & conſenſ. tutor. & curat. &c. d. l. cum ipſe. 5. C. de contr. empt. l. ult. ff. de rit. nupt.*

Secundo opponitur *l. tutor rerum. 56. ff. de adminiſtrat. & peric. tutor. &c.* ubi ſtatuitur, quod pupillus non poteſt vindicare rem, quam tutor etiam ſolus emit a pupillo, ſi modo pretium ſolverit, & in rem pupilli converterit. Reſp. In eo caſu, quod antea ſolenniter & publica auctoritate judicis diſtractum erat, tutor emtore non ſolvente emit, & ſibi retinet; quo caſu emtio valet, ſi modo tutor pretium ultima licitatione oblatum ſolvat, & in rationes pupilli referat. Nam ſic nulla captione afficitur pupillus, neque tutor ab initio rem pupilli emit, ſed ab alio rem emtam ſibi eodem pretio ſervat, cum etiam potuiſſet ab emtore emere. Denique notandum, quod & iſto caſu emtio valet, ſi tutor a creditore pupilli rem vendente bona fide emat; hoc enim & quilibet extraneus facere poſſet. *d. l. pupillus. 5. §. item ipſe. 2.* Vide de hac quæſtione *Coraſium libro ſexto miſcell. cap. 14.*

ASSERTIO V.

Imperitus literarum excuſatur a tutela.

IMperitia literarum legitima eſt excuſationis cauſa a tutela. Quod probatur in *§. ſimiliter. 8. inſt. de excuſ. tutor. vel curat.* ubi traditur: *Eos qui literas neſciunt excuſandos eſſe a tutela, D. Pius reſcripſit.* Dicuntur autem imperiti literarum, ut recte interpretatus eſt *Duaren. lib. 1. diſp. c. 3.* qui literas pingere, & legere neſciunt. per *l. 3. §. 1. & 2. ff. de accuſat. l. pater. 93. §. 1. ff. de acq. vel omitt. her.* Hæc imperitia literarum merito tribuit vacationem a tutela. Cum enim in tutela confici inventarium, & conſcribi rationes neceſſe ſit, certe qui literarum imperiti ſunt, hæc præſtare non poſſunt, ideoque nec tutelam pro commodo pupillorum idonee adminiſtrare queunt. Neque recipienda eſt eorum ſententia, qui exiſtimant illiteratos a tutela non eſſe excuſandos, ſi modo ea naturali ſolertia & rerum experientia præditi ſint, ut ad negotiorum adminiſtrationem ſufficiant. Idque probare nituntur ex *d. §. ſimiliter.* ubi poſtquam ſcriptum erat, imperitos literarum excuſandos eſſe a tutela, additur exceptionis loco, niſi tales ſint, ut *negotiorum adminiſtrationi poſſint ſufficere.* Quod non eſt admittendum. Nam illa verba, *quamvis & imperiti literarum poſſint negotiorum adminiſtrationi ſufficere*, ita ſunt accipienda, quamvis aliorum negotiorum adminiſtrationi quam tutelæ, puta privatorum & ſuorum bonorum gubernationi ſint idonei. Illa ergo eſt ejus §. ſententia, imperitos

peritos literarum omnimodo eſſe excuſandos a tutela: quippe ita eſſe excuſandos a tutela, ut quamvis alioqui extra tutelam poſſint adminiſtrationi negotiorum ſufficere, tamen a tutela ſint excuſandi.

Sed pugnat cum *d.* §. *ſimiliter. inſt. de excuſ. tutor. vel curat. l. ſi duas.* 6. §. *ult. ff. eodem.* Cujus hæc ſunt verba: *Mediocritas & ruſticitas interdum præbent excuſationem, ſecundum epiſtolas Divorum Hadriani & Antonini. Ejus qui negat ſe literas ſcire, excuſatio non debet accipi, ſi modo non ſit expers negotiorum.* Reſp. Hic imperitus literarum paulo generalius debet accipi, pro eo ſcilicet, qui non eſt imbutus ſtudiis literarum. Quod probatur ex eo, quia poſtea excipitur is, qui propter imperitiam eſt expers negotiorum, hoc eſt, qui ita eſt imperitus, ut negotia per omnia recte adminiſtrare non poſſit. Quod in eo accidit, qui neque pingere literas, neque legere novit. Itaque cum epiſtola Divorum Imperatorum Hadriani & Antonini excipiatur hæc ſpecies imperitorum, neceſſe eſt, ut prius acceperit imperitiæ genus latius patens, quam ſpeciem, quæ excipitur. Hanc ſententiam, quod imperiti literarum excuſentur a tutela, eleganter defendit *Donell. lib.* 3. *comment. c.* 9. Cui ſuffragatur *Anton. Auguſtin. lib. ſingulari de de excuſationibus. Modeſtinus ad d. l. ſi duas.* 6. §. *ult. ff. de excuſ. tutor. vel curat. Petrus Grangianus in paradox. jur. civil. cap.* 43. ubi eleganter probat imperitum literarum, hoc eſt, qui pingere aut ſcribere non didicit, eſſe a tutela excuſandum. per *l. libellorum.* 3. *ff. de accuſat.* Comprobant hanc ſententiam *Hotoman. ad* §. *ſimiliter. inſt. de excuſ. tutor. vel curat. Cujac. ad d. l.* 6. §. *fin. ff. de excuſ. tutor. vel curat.* Diſſentit *Pacius cent.* 5. *quæſt.* 82.

ASSERTIO VI.

Tutor ſtatim in ipſo negotio præſens debet auctor fieri; poſt tempus autem, aut per epiſtolam ejus auctoritas interpoſita, nihil agit.

Confirmatur & expreſſe probatur hæc deciſio in *l. obligari.* 9. §. *tutor.* 5. *ff. de auctorit. & conſenſ. tutor. & curat.* §. *tutor.* 2. *inſt. eod.* Forma namque interponendæ auctoritatis eſt, ut tutor in ipſo negotio pupilli præſens ſuam auctoritatem interponat. Ex intervallo autem non recte interponitur. Ratio eſt, quia quæ pertinent ad ſolennitatem actus vel contractus, a contractu dividi non poſſunt. *l.* 1. §. 1. *l. continuus.* 137. *ff. de verb. obligat.* arg. *l. heredes palam.* 21. §. *ult. ff. qui teſt. fac. poſſ.*

Objicitur *l. ſi per epiſtolam.* 50. *ff. de acquir. vel amitt. hered.* ubi traditur, quod per epiſtolam tutor auctoritatem interponat. Reſp. In ea lege non de auctoritate, ſed de juſſu agitur. Tutor abſens per epiſto-

epiſtolam jubere poteſt, at abſens tutor per epiſtolam auctor fieri non poteſt. Ratio diverſitatis eſt, quia auctoritas verba requirit. *l.* 3. *ff. de auct. & conſenſ. tut. & curat.* & ideo mutus tutor dari non poteſt. *l.* 1. *ff. de tutelis.* Juſſus non requirit verba, ſed per epiſtolam aut nuncium jubere poſſumus. *l.* 1. *ff. quod juſſu.* Deinde juſſus præcedere debet. *l. ſi quis mihi.* 25. §. *juſſum.* 4. *ff. de acquir. vel amitt. hered.* Auctoritas interponitur in ipſo negotio, vel etiam perfecto negotio.

Secundo adverſatur *l. ſi quis mihi.* 25. §. *juſſum.* 4. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* ubi JC. docet, quod etiam perfecto negotio tutoris auctoritas interponi poſſit. Igitur male dicitur tutorem ſtatim in ipſo negotio debere auctorem fieri. Reſp. Quod dicitur, tutorem ſtatim in ipſo negotio debere auctoritatem interponere, id cum aliquo temperamento temporis intelligimus. Statim dicitur interpoſita auctoritas, ſi vel initio in ingreſſu ipſius negotii fuerit interpoſita, vel ſi ſtatim perfecto negotio fuerit appoſita, antequam contrahentes ad extraneos actus diverterint. Sic in ſtipulatione dicimus *cominus* eſſe reſpondendum, id eſt, confeſtim & e veſtigio. *l. continuus.* 137. *ff. de V. O.* & tamen *cominus*, id eſt, confeſtim reſponſum cenſetur, ſi illo die quo promiſſor interrogatus eſt, reſponderit, antequam reſpondens alium extraneum actum aggreſſus fuerit. *d. l. continuus.*

Tertio opponitur. Ratihabitio mandato comparatur. *l.* 1. §. *ſed & ſi.* 14. *ff. de vi & vi arm. l. ſemper.* 60. *ff. de R. J. l. vero procuratori.* 12. §. *ult. ff. de ſolut. l. ult. C. ad SC. Maced.* Igitur non eſt neceſſe, quod ſtatim in ipſo negotio tutor auctoriatem ſuam interponat. Reſp. Verum eſt antecedens, niſi lex nominatim requirat, ut ſtatim in ipſo negotio quid fiat; tunc enim id de forma ipſius negotii eſſe dicitur. Et ubi certa forma data eſt a jure, non ſufficit illam impleri per æquipollens. *Boërius in deciſion.* ſuis *deciſ.* 1. & 2. Ideoque quamvis ratihabitio mandato comparetur, tamen cum de auctoritate tutoris interponenda agitur, non ſufficit ratihabitio, quia pro forma exigitur, ut tutor ſtatim in ipſo negotio præſens ſuam auctoritatem interponat. Ergo quod pupillus ſine tutore geſſit, ratum poſtea haberi non poteſt, ſed ex integro contractum iniri neceſſe eſt, vel a ſolo tutore vel a pupillo, adhibita tutoris auctoritate. Ita notat *Anton. Faber in juriſprud. Papinianea, tit.* 12. *de tutel. princ.* 6. *illat.* 23.

ASSER.

Assertio VII.

Tutor de rebus pupilli tranſigere poteſt.

Confirmatur hæc deciſio per textum expreſſum in *l. ſi pignore.* §. *ult.* & *l. interdum.* 56. §. *qui tutelam.* 4. *ff. de furt.* ubi traditur, quod tutori licet tranſigere cum eo, qui rem pupilli furto ſubtraxit, & ſic permittitur ei ſuper actione furti pupillo competente tranſigendo decidere: ubi ſubjungitur hæc ratio, quia tutor loco domini habetur, in rebus pupilli adminiſtrandis. Confer *l. ad ea quæ.* 157. *ff. de regul. jur.* ubi traditur, tutores & curatores dominorum vice haberi. Quod tamen ita per alias leges temperatur & reſtringitur, ut tum demum tutores in rebus pupilli loco dominorum habeantur, cum ejus bona adminiſtrant, non cum pupillum bonis ſuis ſpoliant. *l. qui fundum.* 7. §. *ſi tutor.* 3. *ff. pro empt. l. tutor.* 27. *ff. de adminiſtrat. & peric. tutor. &c.* ubi eleganter notat Bart. quod tutor, cum bene fecit, habetur loco domini. Denique hæc ſententia comprobatur per *l. ſi plures.* 9. *ff. de pact.* ubi traditur, quod tutores poſſunt cum debitore pupilli, qui pauper eſt, tranſigere, remiſſa ei aliqua parte debiti.

Verum objiciet aliquis hoc modo: Tutoribus tantum permiſſum eſt debita pupilli exigere, non vero remittere aut paciſci de non petendo debito. *l. contra.* 28. §. 1. *ff. de pact.* Adhæc tutoribus non permittitur donare res pupillorum, nec ullo modo poſſunt eorum conditionem deteriorem facere. *l. non omni.* 16. *C. de adminiſtr. tut. vel curat. &c.* Atqui hæc remiſſio litis ſeu pactum vel tranſactio de non petendo debito, videtur eſſe donationis ſpecies; quia tranſactio nihil aliud eſt, quam rei dubiæ vel litis incertæ, aliquo dato vel retento, facta remiſſio. *l.* 1. *ff. de tranſact. l. tranſactio.* 38. *C. eod.* Præterea obſtat *l. Lucius.* 46. §. *ult. ff. de adminiſtr. & peric. tutor. & curat. &c.* ubi reſpondetur, quod *tutoribus non eſt permiſſum res pupilli donare, aut diminuendi cauſa cum debitoribus pupilli tranſigere.* Denique adverſatur *l. pactum.* 22. *C. de pact.* ubi ſtatuitur, quod tutores poſſunt quidem exigere debita pupillorum, ſed non poſſunt paciſcendo debita eorum remittere. Hæc contrarietas tali diſtinctione concilianda eſt. Aut tranſactio illa decidendi cauſa interponitur, hoc eſt, ſuper tali lite tranſigitur, cujus exitus poterat pupillo eſſe anceps & oneroſus, & tunc licet tutori tranſigere ſuper lite pupilli. arg. *l. præſes.* 12. *C. de tranſact.* Aut tutores tranſigendo res pupillorum donant vel alienant, & tali modo tutores, ſicut & alii adminiſtratores rerum alienarum, tranſigere non poſſunt, ut ſcilicet tranſigendo alienent aut diminuant jura vel bona pupillorum. *l. non ſolum.* 4. *C. de præd. & al. reb. minor. ſine decret. non alien. &c.* arg. *l.* 1. *ff. de off. procur. Cæſar. l. nulli.* 13. *ff. de tranſact.* Ita diſtin-

ſtinguit ex communi DD. ſententia *Weſemb. in parat. ff. de tranſact. num.* 4.

ASSERTIO VIII.

Teſtamentum eſt voluntatis noſtræ juſta ſententia, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.

DEfinitio hæc eſt JC. Modeſtini tradita in *l.* 1. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* Ex qua hoc obſervandum, quod teſtamentum dicatur *juſta*, id eſt, ſolennis & legitima voluntatis noſtræ ſententia. Quo vocabulo, *juſta*, ſatis diſtinguitur teſtamentum a codicillis, qui nihil aliud ſunt, quam teſtati, vel inteſtati minus ſolennis voluntas. Sic alibi teſtamentum juſtum dicitur, quod juſte factum eſt, & in quo ſolennia juris adhibita ſunt. *l.* 1. *ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt.* Sic juſta uxor dicitur, quæ ritu, moribus, ſolennibuſque omnibus Quiritum ſervatis ducta fuit. *l. ſi uxor.* 13. §. 1. *ff. ad l. Jul. de adult.* Sic juſtæ nuptiæ dicuntur, quæ ſecundum præcepta legum coierunt inter conjuges. §. 1. *inſt. de nupt. Donell. lib.* 6. *comm. c.* 4. Unde & Ulpianus in enchiridio ſuo ita definit *teſtamentum, quod ſit mentis noſtræ juſta conteſtatio in id ſolenniter facta, ut poſt mortem valeat.*

Sed opponitur, quod hæc definitio nimis lata ſit & ampla, quæ non ſolum teſtamento, ſed & codicillis conveniat. Nam *codicilli* quoque recte ita definiuntur, *quod ſint voluntatis noſtræ juſta ſententia, de eo, quod poſt mortem noſtram fieri velimus.* Reſp. Verbum *juſta*, ſatis diſtinguit teſtamentum a codicillis, quia codicilli non continent juſtam & ſolennem ſententiam, cum in ipſis nulla ordinationis ſolennitas deſideretur. §. *ult. inſt. de codicill.* neque in codicillis heres directo inſtitui poſſit, quæ heredis inſtitutio caput & fundamentum eſt teſtamenti. §. *ante heredis.* 34. *inſtit. de legat.*

Sed contra ſolutionem inſtatur hoc modo: Quod in codicillis quinque teſtes intervenire debent. *l. ult. C. de codicill.* qui numerus pertinere videtur ad ſolennitatem codicillorum, cum in aliis actibus & negotiis ſufficiant duo teſtes. *l. ubi numerus.* 12. *ff. de teſtib.* Reſp. Numerus iſte non ſolennitatis, ſed probationis tantum cauſa adhibetur codicillis, ut liquido docet *l. ult. C. de fideicommiſſ.* Nam non ſolum in codicillis, ſed in omni ſcriptura, in qua pecunia ſoluta memoratur, ſimilis numerus teſtium exigitur. *l. teſtium.* 18. *C. de teſtib.* Deinde in codicillis non requiruntur rogati teſtes, ut in teſtamento; imo & mulieres teſtes intervenire poſſunt in codicillis. *l. ult. in fin. C. de codicill. Vigl. ad* §. *teſtes. inſt. de teſtam. ord.*

Secundo opponit Accurſius, quod definitio hæc ſit anguſtior

ſuo definito, quia non continet inſtitutionem heredis, quæ tamen eſt ſubſtantialis pars, imo caput & fundamentum teſtamenti. Reſp. Non opus eſt hoc ſupplemento Accurſii, quia inſtitutio heredis, ſub vocabulo *juſta*, ſatis continetur, cum inſtitutio heredis ſit potiſſima pars ſolennitatis in teſtamento neceſſariæ. §. *ante heredis*. 34. *inſt. de legat. Vigl. ad tit. inſtit. de teſtam. ordin. numer.* 24. & 31.

Assertio IX.

Teſtamentum ad alterius interrogationem conditum non valet.

Quæritur, an ad alterius inſtantiam & interrogationem teſtamentum fieri poſſit. puta ſi notarius roget teſtatorem, an velit hunc vel illum heredem inſtituere, & ille profiteatur ſe velle. Et ſtatuendum eſt, teſtamentum ad alterius interrogationem conditum non valere. Quæ ſententia probatur primo per *l. jubemus*. 29. *C. de teſtam.* ubi diſerte ſancitur, quod teſtator debet nomen heredis in ſuo teſtamento propria manu ſcribere, vel ſi ſcribere non poſſit, debet nomen heredis coram teſtibus nuncupare: additurque in eadem lege juſta & aperta decidendi ratio, ne falſitas in elogiis & teſtamentorum confectione committatur. Secundo confirmatur hæc ſententia hac æquiſſima ratione, quod teſtamentum debet eſſe juſta & libera voluntatis noſtræ ſententia. *l.* 1. *C. de ſacroſ. eccleſ.* Atqui non eſt libera voluntas, quæ ad importunam inſtantiam alicujus eſt extorta. *l.* 1. & 2. *C. ſi quis aliq. teſt. prohib. vel coëg.* Denique probatur hoc evidenter per *l. heredes palam*. 21. *ff. de teſtam.* ubi dicitur, quod teſtator debet in teſtamento nuncupativo heredes palam nominare, vel ſi in ſcriptis faciat teſtamentum, debet per ſe vel per alium heredis nomen teſtamento inſcribere.

Opponitur primo huic ſententiæ *l. hac conſultiſſima*. 8. §. *at cum humana*. *C. qui teſt. fac. poſſ.* ubi ſtatuitur, quod quis poſſit teſtamentum ſuum committere alteri ſcribendum, ut deinde ſcriptor ſeu notarius hoc teſtamentum coram teſtatore & teſtibus recitet, quod teſtamentum valet. Reſp. Illa conſtitutio loquitur de teſtamento, ſeu ultima voluntate cæci, cui permittitur, ut cum ipſe ſcribere non poſſit, alii ſuum teſtamentum ſcribendum committat. Attamen ipſe teſtator nihilominus debet notario prius ſuam ultimam voluntatem exponere, & aperte declarare, quos velit heredes inſtituere; alioqui ad ſolam notarii vel teſtium interrogationem non poteſt utiliter heres inſtitui, vel teſtamentum ordinari.

Secundo adverſatur *l. ult. ff. ſi quis aliq. teſt. prohib. vel coëg.* ubi valet

valet teſtamentum mariti, in quo uxor ab eo heres inſtituta eſt, cum blanditiis & affabili ſermone maritum ad hoc induxiſſet. Concordat *l. ult. C. eodem.* ubi dicitur: *Judicium uxoris in ſe maritali ſermone provocare, non eſt criminoſum.* Reſp. Valet quidem inſtitutio heredis, quam blando ſermone & maritali affectione uxor a marito impetravit, dummodo tamen non ſit captatoria inſtitutio, hoc eſt, ſi modo heres non fallacia, aut doloſa perſuaſione, aut per vim ſeu coactionem ultimam voluntatem extorſit. Interim debet heres viva voce a teſtatore nuncupari, aut ſcriptura deſignari, nec ſufficit ad interrogationem alterius inſtitutio facta. Ita eleganter declarat *Petr. Peckius de teſtament. conjug. lib. 1. c. 9.* & 17.

Tertio objicitur *l. Pamphilo. 39. §. propoſitum. 1. ff. de leg. 3.* ubi valet fideicommiſſum, quod teſtator reliquit fideicommiſſario ad interrogationem. Reſp. Ideo valet hoc fideicommiſſum, quia primo teſtator viva voce expoſuerat fideicommiſſario, quod deſtinaſſet illi certa quædam prædia per fideicommiſſum relinquere; deinde coram teſtibus teſtamento confecto, ad interrogationem fideicommiſſarii teſtatus eſt, ſe prædicta prædia per fideicommiſſum illi concedere. Tale fideicommiſſum ad interrogationem alterius relictum valet, ideo, quia præceſſit declaratio & diſpoſitio teſtatoris, quod talia prædia illi deſtinaverat per fideicommiſſum relinquere. Latius de hac quæſtione vide *Menoch. de præſumt. lib. 4. præſ.* 8. *Gomeſ. ad l. Tauri. l. 3. num. 109. Vigl. ad §. ſed cum paulatim. inſt. de teſtam. ord. num. 9.* Diſſentit *Fachin. 5. controv. jur. cap. 69.* & 70. Imo communis eſt opinio DD. quod valeat heredis inſtitutio, quando teſtator non ipſe nominavit heredem, vel ſcripſit, ſed interrogatus a notario, vel alio quovis, num Titium heredem ſuum eſſe velit, & reſpondeat velle. *addit. ad Gomez. in var. reſolut. tit. de ult. volunt. c. 2. Weſemb. ad §. ult. inſt. de teſtam. ordin.* Quæ tamen opinio communis tum demum vera eſt & procedit, ſi hæc duo interveniant, ſcilicet ut teſtator prius exponat ſuam voluntatem notario, qui deinde eam redigat in ſcriptis; & poſtea interroget teſtatorem, an velit ita teſtari. Nam eo caſu ſi reſpondeat quod ſic, utique valet, quod geſtum eſt. Deinde requiritur, ut teſtator non ſit nimium infirmus: nam ſolent ſæpenumero a valde infirmis ſtatim morituris talia teſtamenta extorqueri, quod vehementer iniquum eſt, & fraudibus obnoxium. Ita tradit *Clarus in recept. ſent. §. teſtamentum.*

ASSER-

ASSERTIO X.

Teſtamentum patris inter liberos, abſque teſtibus confectum, valet, contra CUJACIUM.

Communis & recepta eſt DD. opinio, quod teſtamentum patris inter liberos valeat etiam abſque ullis teſtibus confectum, ſi modo patris vel liberorum ſubſcriptio intervenerit. Scedula igitur a patre ſcripta vel ſubſcripta a liberis, etiamſi nulli teſtes adfuerint, vel ſubſcripſerint, continens diviſionem hereditatis inter liberos, validi teſtamenti loco eſt. Ita deciduit *Julius Clarus in recept. opin.* §. *teſtamentum. q.* 8. & 14. item *quæſt.* 37. ubi dicit hanc opinionem in ſcholis & judiciis teneri. *Fachin. lib.* 4. *controv. jur. c.* 1. Ita conſuluerunt *Scurffius cent.* 2. *conſ.* 28. *Elbertus Leoninus conſ.* 28. *num.* 4. *Gail lib.* 2. *obſerv. pract. c.* 112. *Anton. Fab. de error. pragmat. decade* 35. *errore* 2. *Fachin. libro controverſ.* 4. *c.* 1. & 4. Probatur hæc ſententia claro & evidenti textu in *l. ult.* & *auth. ſeq. C. fam. erciſc.* ubi ſancivit Imperator Conſtantinus, quod quælibet diſpoſitio patris de hereditate ſua valeat inter liberos, etiamſi omni legum ſolennitate fuerit deſtituta. Secundo aperte eandem ſententiam confirmat *auth. ex imperfecto. C. de teſtam.* ubi Imp. Theodoſ. conſtituit, ex imperfecto teſtamento tenere voluntatem patris inter ſolos liberos. Denique hæc deciſio manifeſte comprobatur per *nov.* 107. *c.* 1. ubi Juſtinianus ſtatuit, ſi quis inter liberos voluerit ultimam conficere voluntatem, quod ſua manu tempus adſcribet, deinde filiorum nomina, ac inſuper unciarum quantitatem, in quibus ipſos ſcribat heredes, propriâ manu declarabit. Cæterum ſi extraneis voluerit relinquere legata aut fideicommiſſa, tunc demum ſi coram teſtibus hanc diſpoſitionem ſcripſerit, firmiter valebit patris teſtamentum. Et hoc loco manifeſte confirmatur communis DD. opinio. Cum enim tum demum requirantur teſtes, cum pater extraneis aliquid legaverit, ſequitur cum inter liberos ſolos paterfam. teſtatur, etiam abſque teſtibus ſervandam ejus ultimam voluntatem. Ratio autem hujus aſſertionis, quod teſtamentum imperfectum inter liberos valeat, hæc eſt, quia hoc favore liberorum eſt introductum, cum eis etiam jure naturali debeatur parentum hereditas. *l. cum ratio.* 7. *ff. de bon. damn.*

Contrariam ſententiam primus conatus eſt defendere *Cujacius* in ſuis conſultationibus. *conſultat.* 1. ubi teſtamentum patris inter liberos ſine teſtibus non valere adſtruit. Pro ſuæ opinionis confirmatione duo adducuntur argumenta. Primum eſt, quod nec codicillus, nec teſtamentum dici poteſt ea voluntas, cui deſunt teſtes. In teſtamentis enim ſolemnibus exiguntur 7 teſtes, in codicillis 5.

l. hac conſultiſſima. 21. §. 1. *l. cum antiquitas.* 28. §. *ult. C. de teſtam. l. ult. C. de codicill.* ſicut & in teſtamento ruſticorum quinque teſtes. *l. ult. C. de teſtament.* & in nuda voluntate tres teſtes requiruntur. *l. ſancimus.* 27. *C. de teſtament.* Reſp. Etiamſi iſta voluntas patris inter liberos teſtibus deſtituta, non habeat vim ſeu formam teſtamenti aut codicillorum, tamen valet, ut qualiſcunque ultima diſpoſitio, aut ordinatio bonorum patris inter liberos.

Secundo movetur Cujac. hoc argumento, quod teſtamentum dici non poſſit ea voluntas, cui teſtes deſunt; eamque collectionem probat ſumto argumento, ab etymologia, quia nominis teſtamenti ſubſtantia a teſtibus deducitur. Reſp. Teſtamentum non tam a teſtibus, quam a teſtatione, id eſt, declaratione mentis derivatur; mens enim teſtatoris in teſtamentis præcipue dominatur, & ex voluntate teſtatoris omnia pendent, quæ in teſtamento diſpoſita ſunt. *l. in conditionibus.* 19. *ff. de cond. & demonſt. &c.*

Obſtare etiam videtur huic aſſertioni. *l. peto.* 69. §. *mater.* 2. *ff. de legat.* 2. ubi in teſtamento non jure facto etiam fideicommiſſum debetur extraneo relictum. Reſp. Ibi fuit teſtamentum imperfectum vel minus ſolenne tantum, quoad dationem tutoris, quoad alia vero erat perfectum. Nam ideo erat teſtamentum ibi imperfectum, quia mater filiis tutorem dederat. Atqui mater filiis teſtamento tutorem dare non poteſt. *l.* 1. & 2. *ff. de confirm. tutor. vel curat.*

Denique notandum, quod dicitur, ex teſtamento imperfecto voluntatem inter liberos tenere, ſic eſſe accipiendum cum Accurſio, quando eſt defectus ratione ſolennitatis. Sed ſi defectus ſit ratione voluntatis, ut ſi teſtamentum cœptum eſſet a patre, necdum abſolutum, hoc non valeret, ne quidem inter liberos. *Cujac. ad l. ſi is qui.* 25. *ff. qui teſt. fac. poſſ. Bart. ibidem num.* 1. *Caſtrenſ. in d. l. hac conſultiſſima. num.* 5. *And. Gail lib.* 2. *obſ.* 112. *num.* 14. Ideoque ſi teſtator habens duos filios, dum id agit, ut inter eos hereditatem dividat, ita dicit, *Lego tale prædium filio meo,* & poſt hæc verba obmutuit, filius in diviſione bonorum paternorum id prædium præcipuum habere non debet. arg. *d. l. ſi is qui. Coſtal. ad l. ſi filia.* 20. §. *ſi pater.* 3. *ff. fam. erciſc. Anton. Fab. de error. pragmat. decade* 35. *error.* 8. aliam adhibet diſtinctionem, videlicet, quod ſi imperfecta ſit voluntas patris reſpectu liberorum, non valeat diſpoſitio patris. At ſi imperfecta ſit voluntas patris quoad extraneos, quos forte voluit filio coheredes dare, valebit nihilominus voluntas patris jure inteſtati inter liberos. Non obſtat *l. fin. C. fam. erciſc.* ubi dicitur, cœptum & imperfectum teſtamentum patris valere inter liberos. Hoc enim intelligendum eſt, ſi ſit imperfectum quoad ſolennia juris. At ſi ſit imperfectum ratione voluntatis, non valebit ne quidem teſtamentum patris

inter

inter liberos. *d. l. ſi is qui.* 25. *ff. qui teſt. fac. poſſ. Fachin. lib.* 4. *controv. jur. c.* 4.

ASSERTIO XI.

Nuda voluntate teſtatoris non tollitur teſtamentum.

TEſtatoris nuda voluntate numquam teſtamentum infirmatur, quamvis ilico teſtator dixerit, ſe teſtamentum quod fecit, valere nolle. §. *ex eo autem.* 7. *inſtit. quib. mod. teſt. infirm.* Quæ deciſio confirmatur hac regula juris, qua traditur: *Quibus quidque modis conſtituitur, iiſdem & in contrarium actis ſolvitur. l. nihil tam naturale.* 35. & *l. fere.* 153. *ff. de R. J.* Teſtamentum non conſtituitur nuda voluntate. §. *ult. inſt. quib. mod. teſt. infirm.* proinde nec nuda voluntate tollitur.

Adverſatur huic aſſertioni, quod dicitur, ambulatoriam eſſe hominis voluntatem uſque ad ſupremum vitæ ſpiritum *l.* 4. *ff. de adim. vel transf. legat.* Unde etiam colligi videtur, ſola & nuda teſtatoris voluntate teſtamentum tolli. Reſp. Eſt quidem ambulatoria voluntas hominis, ut poſſit quovis tempore prior voluntas a teſtatore revocari, ſed ita, dummodo revocetur legitime, & quomodo jure oportet. Nam quod aliter fit, pro infecto habetur. *l. quoties.* 6. *ff. qui ſatiſdar. cog. &c.* Tunc contraria voluntate infringitur teſtamentum, cum id fit ſolemniter & legitime, puta alio teſtamento ſolenni & perfecto poſtea facto. *l.* 1. & 2. *ff. de injuſt. rupt. irr. fact. teſt.* Imperfecto vero poſteriori teſtamento prius perfectum non tollitur, quoniam imperfectum teſtamentum jure non magis valet, quam ſi teſtamentum non eſſet. *l.* 3. & *l. hac conſultiſſima.* 21. §. *ex imperfecto.* 1. *C. de teſtam.*

Secundo repugnat *l. ſancimus.* 27. *C. de teſt.* ubi prius teſtamentum perfectum rumpitur per poſteriorem contrariam nudam & imperfectam voluntatem, ſi a tempore prius facti teſtamenti decennium ſit elapſum & poſterior voluntas coram tribus teſtibus vel apud acta ſit manifeſtata, Reſp. Non ſola nudaque voluntate revocatur prius teſtamentum, ſed ſi hæc concurrant, nimirum ut teſtator coram teſtibus non minus quam tribus, aut apud acta alicujus judicis teſtatus ſit, ſe nolle prius teſtamentum quod fecit, valere: deinde ſi a tempore primi conditi teſtamenti dicennium effluxerit, ut voluntas poſterior & teſtatione idonea, & tam longa temporis diuturnitate confirmetur.

ASSERTIO XII.

Teſtamentum tempore peſtis coram quinque teſtibus conditum, non valet.

COmmuniter DD. ſtatuunt in teſtamento tempore peſtis condito non requiri ſeptem teſtes, ſed ſufficere numerum quinque teſtium. Hæc eſt communis DD. opinio, ut notant *Afflictus deciſ. Neapol.* 25. *num.* 8. *Turza. in comm. opin. concl.* 45. *Gail lib.* 2. *obſ. c.* 118. *Clarus in recept. ſentent.* §. *teſtamentum. quæſt.* 56. *Boër. deciſ.* 228. *num.* 7. 8. 9. 10. & 11. qui tamen diſtinguit hoc modo. Aut peſtis non eſt magna, aut eſt magna, ut hoc caſu cum parvo numero teſtium valeat, & ita judicatum fuiſſe teſtatur. Verum de jure ſcripto contraria ſententia eſt verior, quod ſcilicet ab eo qui contagioſo morbo peſtis laborat, non ſufficiat quinque teſtes adhibitos fuiſſe, nec ſatis ſit, ſi teſtamentum ejus quinque teſtes ſubſcripſerint, vel conſignaverint, ſed requiritur legitimus numerus, hoc eſt, ſeptem teſtium præſentia. Nec quicquam facit pro communi DD. ſententia *l. caſus.* 8. *C. de teſtam.* ex qua fundare nituntur ſuam opinionem, ubi dicitur, propter morbum contagioſum remitti aliquid de ſolennitatibus juris. Nam ut ex *d. l.* 8. verbis diſerte patet, nihil in ea lege remittitur de numero teſtium, ſed hæc ſolennitas tantum remittitur, quod licet alias opus ſit ad teſtamentum legitime ordinandum, ut teſtes eodem loco convocentur, & ſinguli coram teſtatore & aliis teſtibus ſimul ſignent teſtamentum. *l. ſi unus.* 12. *l. hac conſultiſſima.* 21. *C. de teſtam.* nihilominus tamen teſtamentum valeat a contagioſo morbo laborante conditum, licet teſtes una non ſint convocati, nec in præſentia teſtatoris ſimul ſociati, ſed quod poſſint ſeorſim a teſtatore teſtamentum obſignare, valeatque teſtamentum peſte laborantis, licet teſtes eum non videant, ſed tantum audiant. contra *l. ſi non ſpeciali.* 9. *C. de teſtam.* Hæc ſolennitas ſimul coram teſtatore conveniendi, & coram eo teſtamentum obſignandi, tantum hoc caſu remittitur teſtibus. Quod apertiſſime indicant hæc verba legis: *Teſtes hujuſmodi morbo oppreſſo* (ſcilicet teſtatori) *eo tempore jungi atque ſociari eſt remiſſum: non etiam legitimi numeri eorum obſervatio ſublata eſt.* Ita hæc lex interpretatur *Caſtrenſ.* ibid. & *Cujac. lib.* 26. *obſ. c.* 10. Facit etiam plurimum pro confirmatione hujus ſententiæ. *l. conficiuntur.* 8. §. 2. *ff. de jure codic.* ubi dicitur, quod licet caſu vel de neceſſitate non poteſt inveniri copia teſtium, tamen non valet teſtamentum ſine legitimo numero eorum.

In contrarium DD. ita argumentantur: Propter neceſſitatem remittuntur ſolennitates legales, & receditur a regulis juris communis. *l. de ætate.* 8. *ff. ad SC. Trebell.* Item ſicut teſtamentum a milite

coram

coram duobus teſtibus factum valet, ita & a teſtatore peſte oppreſſo valebit, quia tempus belli & peſtis æquiparantur, cum tempore peſtis cenſetur eſſe bellum inter Deum & homines. Ad prius reſpondetur. Neceſſitas ſuperveniens teſtatori, tantum eum excuſat ab interpoſitione actus extranei, ut ſcilicet poſſit interrumpere actum teſtandi, vel propter ſumtionem cibi vel medicamenti, vel depoſitionem neceſſarii operis naturæ: tunc nihilominus valebit teſtamentum, licet alias vitietur actu extraneo interveniente. *l. cum antiquitas.* 28. *C. de teſtam.* Verum nuſquam traditur, propter neceſſitatem peſtis licere in teſtamento omittere ſolennem numerum teſtium.

Secundo non obſtat, quod valeat teſtamentum a milite conditum coram duobus teſtibus. *l.* 1. *ff. de bon. poſſ. ex teſt. mil. l. ult. ff. de milit. teſt.* Hoc ſingulare privilegium tantum tributum eſt militibus, non autem laborantibus morbo contagioſo. At vero jura ſingularia non debent extendi & ad conſequentias produci. *l. quod vero.* 14. *ff. de legib.* Vide *Fachin. lib.* 5. *controv. jur. cap.* 92. qui plane huic noſtræ ſententiæ & aſſertioni ſuffragatur & ſubſcribit; quod ſcilicet teſtamentum tempore peſtis conditum coram quinque teſtibus non valeat. Moribus tamen teſtamentum tempore peſtis conditum, valet, ſi ultima voluntas teſtatoris peſte decumbentis probetur per duos teſtes fide dignos. Quod judicatis Cameræ Imperialis obſervatur, uti notat *Gail lib.* 2. *obſerv. c.* 118. *in fine*, cum pluribus ibi allegatis.

Assertio XIII.

Nemo poteſt heredi ſuo teſtamenti factionem adimere.

Deciſio hæc evidenter & clare confirmatur ex toto *tit. ff.* & *C. ſi quis aliq. teſt. prohib.* ubi ſtatuitur ſub pœna confiſcationis hereditatis, ne quis aliquem prohibeat teſtamentum facere, aut teſtamentum factum mutare. Facit ad hujus aſſertionis comprobationem *l.* 1. *C. de SS. eccl.* ubi traditur, *nihil eſſe quod magis hominibus debeatur, quam ut ſupremæ voluntatis liber ſit ſtylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium.*

Verum in hac propoſita deciſione duo occurrunt juris loca valde diſcrepantia. Nam primum in *l. cum pater.* 77. §. *mando.* 24. *ff. de legat.* 2. traditur, quod ſi pater in teſtamento ſuo ita diſpoſuit: *Mando filiæ meæ, ut quoad liberos tollat, teſtamentum non faciat,* quod hac formula non cenſeatur fideicommiſſum relictum, eo quod pater non de ſua pecunia teſtari, ſed juri communi derogare voluit, teſtamenti factionem filiæ prohibendo. Contrarium ſtatuitur in *l. qui filium.* 74. in princ. *ff. ad SC. Trebell.* ubi cum pater ita teſtamento diſpoſuiſſet; *Mando tibi, filia mea, ne facias*

teſtamentum, priuſquam liberos habeas. Imp. pronunciavit fideicommiſſum ex hac ſcriptura deberi, ut ſic accipiatur perinde ac ſi rogaſſet filiam ſuam, ut hereditatem fratri ſuo reſtitueret.

Pacius cent. 6. conciliat. quaſt. 17. hanc antinomiam ita diſſolvit, quod ſi ea verba ſcripta ſint in teſtamento, inducant fideicommiſſum, ac ſi tunc videatur pater id fideicommittendi gratia adſcripſiſſe, ſicut factum eſt in *d. l. qui filium.* Si vero teſtator hanc formulam extra teſtamentum adſcripſit, non videtur fideicommiſſum inducere.

Mihi magis placet communis DD. reſponſio, qui hoc modo diſtinguunt. Aut teſtator ſimpliciter gravavit filium heredem ſuum, ne faciat teſtamentum: & tunc quia directo non valet hæc diſpoſitio, quia aufert alteri liberam teſtamenti factionem, valet in vim fideicommiſſi, ut ſcilicet heres cenſeatur gravatus de reſtituenda hereditate proximis heredibus venientibus ab inteſtato, ut accidit in *d. l. qui filium.* Aut vero teſtator non mandavit ſimpliciter filio ſuo, ne teſtamentum ordinaret, ſed tantum in modum conſilii præcepit; quo caſu non cenſetur per fideicommiſſum hereditas relicta proximis heredibus ab inteſtato, ſicut fecit teſtator in *d. l. cum pater. §. mando. ff. de leg.* 2. Ubi pater in modum conſilii hanc formulam protulit: *Volo, filia, ne facias teſtamentum, priuſquam liberos ſuſcipias,* adhibita ratione ſuaſionis, *ut ita poſſis ſine periculo vivere.* Quæ verba, quia prolata ſunt in formam & modum conſilii, nullum juris effectum, neque fideicommiſſum inducunt. Ita tradit *Gomez. in var. reſolut, tomo* 1. *c.* 4. *n.* 6.

ASSERTIO XIV.

Teſtator prohibere poteſt jus accreſcendi.

HÆC propoſitio evidenter comprobatur in *l.* 9. §. *ſi duo.* 13. *ff. de hered. inſt.* ubi deciditur, teſtatorem non poſſe ita heredes inſtituere, ut unus ſuccedat in beſſe fundi Corneliani, alter ex triente ejuſdem fundi, niſi teſtatoris voluntas evidentiſſime refragetur. Unde ſequitur, quando hoc aperte voluit teſtator, tunc poſſe eum in certis bonis teſtato decedere, & ſic prohibere, ne reliqua bona accreſcant heredi inſtituto. Diſſentit *Fachin. libro quarto controv. jur. c.* 15. *in fin.* ubi notat, quod dicitur in *d. §. duo.* quando duo ſunt heredes ſcripti, unus in triente fundi Corneliani, alter in beſſe, detracta fundi mentione, quaſi ſine partibus heredes ſcriptos hereditate potituros, niſi voluntas teſtatoris refragetur, hunc eſſe horum verborum ſenſum, nempe potituros hereditate, quaſi ſine partibus, & ſic æquis partibus ſcripti eſſent heredes, niſi voluntas teſtatoris manifeſte refragetur, id eſt, ſi manifeſta voluntas deſignata fuerit, erunt quidem heredes, ſed non æquis partibus, perin-

perinde ac ſi ſine partibus ſcripti heredes eſſent, ſed ex partibus inæqualibus, unus ex triente, alter ex beſſe hereditatis, detracta fundi mentione. Eadem ſententia abunde confirmatur per *l. peto. 69. ff. de leg. 2.* ubi traditur, quod valeat inſtitutio in certis rebus, ſeu bonis, ſi teſtator voluit reliqua bona pervenire ad legitimos heredes ſuccedentes ab inteſtato. Ut puta, ſi teſtator, cum inſtituiſſet Titium ex aſſe, poſtea ſubjecit: *Peto, Luci Titi, ut pro hereditate quam tibi dedi, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus ſis centum aureis.* Denique hæc deciſio aperte ſtabilitur per *l. dominus. 57. §. 1. ff. de uſufruct.* ubi ſtatuitur, ſi teſtator reliquit uſumfructum prædiorum pluribus libertis ad alimenta, quod uno ex iis decedente pars deficientis non accreſcat collegatario, ſed ad dominum proprietatis revertatur. Igitur teſtator aliquando poteſt jus accreſcendi prohibere.

Objicitur deciſioni *§. hereditas. 5. inſt. de hered. inſt.* ubi traditur, ſi teſtator inſtituat heredem ex ſemiſſe, quod totus as in ſemiſſe erit, hac adjecta ratione, quia nemo poteſt ex parte bonorum teſtatus, ex parte inteſtatus decedere. *l. 7. ff. de R. J.* Reſp. Hoc tunc demum procedit, quando teſtator ſimpliciter heredem inſtituit ex parte, vel certis partibus hereditatis, aut certis rebus hereditariis, puta ex domo vel fundo; tunc enim tacite cæteræ partes heredi inſtituto accreſcunt. *l. 1. §. ex fundo. 4. l. ſi ita quis. 74. ff. de hered. inſtit. l. coheredi. 41. §. ult. ff. de vulg. & pupil. ſubſt.* Si vero teſtator ideo pro parte certa heredes inſtituit, quia cætera bona voluit ad legitimos heredes ab inteſtato pervenire, tunc poteſt pro parte bonorum teſtatus & pro parte inteſtatus mori, & per conſequens prohibere, ne reliqua bona heredi inſtituto accreſcant. arg. *d. l. peto. 69.* in princ. *ff. de leg. 2.* & *l. ſi quis ita. 82. ff. de hered. inſtit.*

Secundo adverſatur regula juris tradita in *l. nemo. 55. ff. de leg. 1.* quod *nemo in teſtamento poteſt cavere ne leges in ſuo teſtamento locum habeant.* Reſp. Quædam ſunt, quæ dependent ab expreſſa vel tacita teſtatoris voluntate, & in his poteſt teſtator facere quod vult, exprimendo ſuam voluntatem, ſicut accidit in jure accreſcendi. *d. l. 9. §. ſi duo. 13. ff. de hered. inſt.* Quædam ſunt, quæ non dependent ex voluntate defuncti, ut ſunt ſolennitates teſtamentorum; & in his *nemo facere poteſt, quod leges non habeant locum in ſuo teſtamento.* Ita diſtinguit *Bart. in d. l. quoties. 9. §. ſi duo.* ubi approbat & confirmat hanc ſententiam, quod teſtator poteſt prohibere jus accreſcendi. Sequitur *Gomez. tomo 1. var. reſolut. cap. de jure accreſcendi. num. 20.* Diſſentiunt *Vigl. ad §. hereditas. inſt. de teſtam. ordin.* & *Gothofr. ad l. jus noſtrum. 7. ff. de R. J.*

ASSERTIO XV.

Conditio teſtium in teſtamentis ſpectatur tempore conditi aut ſignati teſtamenti.

CONditio teſtium qui teſtamentis adhibentur, inſpici debet tempore teſtamenti, non tempore mortis. textus eſt in *l. ad teſtium.* 22. §. 1. *ff. qui teſt. fac. poſſ. l.* 1. *C. de teſtam.* Si ergo teſtis tempore teſtamenti idoneus fuit, non refert, ſi poſtea fiat inidoneus. Ratio eſt, quia jus teſtamenti & teſtium ſpectatur ex eo tempore, quo teſtamentum conſcribitur & ſignatur. Regula enim juris dictat, quod ea quæ ab initio utiliter conſtituta ſunt, propter adventitium aliquod vitium non infirmantur. *l. in ambiguis.* 85. §. *non eſt novum.* 1. *ff. de R. J.*

Objicitur huic ſententiæ, quod duobus temporibus requiritur, ut teſtis teſtamentarius ſit idoneus, ſcilicet tempore conditi teſtamenti, deinde eo tempore cum tabulæ teſtamenti aperiuntur & publicantur, & teſtes in judicio teſtimonii dicendi cauſa producuntur. *l.* 3. §. *dua.* 5. *ff. de Carb. edict. l.* 4. *ff. teſtam. quem. aper. &c.* Reſp. Etſi teſtis ſit inhabilis eo tempore, quo producitur apud prætorem, ſive quo tempore tabulæ teſtamenti aperiuntur, tamen propterea non corruit teſtamentum. Nam communiter a DD. receptum eſt, poſſe etiam teſtamentum per duos teſtes probari, ſi forte vel cæteri teſtes mortui ſint, vel inſtrumentum teſtamenti deperditum fuerit. per *l.* 2. *C. quemadm. teſtam. aper. &c.* arg. *l.* 2. *C. de bon. poſſ. ſec. tab. Hotom. ad d. l. ad teſtium.* §. 1. Pulcre *Vigl. ad* §. *ſed cum aliquis. inſt. de teſtam. ord.* & *Connan. lib.* 9. *comment. c.* 3. Notant DD. in *l.* 2. *C. de bon. poſſ. ſec. tab.* per textum ibidem. ubi tradunt amiſſis tabulis teſtamenti, per duos teſtes teſtamentarios ultimam defuncti voluntatem plene probari poſſe. Ergo ſi amiſſo teſtamento poteſt probari ultima voluntas per duos teſtes, etiam uno teſte mortuo, vel illegitimo facto, vel pluribus, ſubſiſtet nihilominus teſtamentum, quia per aliorum teſtium ſubſcriptiones & ſigilla, ultima defuncti voluntas comprobatur. Denique ad quem uſum ſit teſtamentum in ſcriptura, ſi per eam ultima voluntas defuncti probari nequit? Vel quid differt teſtamentum ſcriptum a nuncupativo, ſi & illud a teſtium voce æqualiter pendet? Idem late confirmat *Sichard. ad l.* 1. *C. de teſtam.*

ASSER-

Assertio XVI.

Non tantum annulo, ſed etiam alio quovis ſigillo characterem habente teſtamentum ſignari poteſt.

QUæritur, an teſtes annulo tantum, an vero alio ſigno vice annuli teſtamentum ſignare poſſint. Et quidem vulgaris lectio in *l. ad teſtium.* 22. §. *ſignum.* 5. *ff. qui teſtam. fac. poſſ.* habet quod *annulo tantum quis ſignare poſſit teſtamentum*; *dum tamen habeat* χαρακτῆρα, *id eſt, ſculpturam vel imaginem aliquam.* Quod & hac ratione comprobari videtur, quod ſi alia ſigna fortuita in teſtamentis admittantur, tunc veteris juris ſolennitas in teſtamentis introducta valde labefactabitur. Verum rectius *Baro* & *Hotomannus in d.* §. *ſignum.* addunt negativam, legentes, *Et magis eſt, ut non tantum annulo quis ſignare poſſit,* adſtruentes quovis ſigno poſſe ſignari teſtamentum. Quam lectionem ſententia *d.* §. *ſignum.* omnino exigit. Nam illa verba, *dum tamen habeat* χαρακτῆρα, ſubjiciuntur loco exceptionis a præcedenti generali oratione. Oportet itaque præcedere hanc generalem orationem, licere non tantum annulo, ſed quovis impreſſo ſigno ſignare, dum tamen habeat characterem, id eſt, inſculptam ſigilli imaginem. Confirmat quoque hoc ratio a JCto Ulpiano in *d.* §. *ſignum.* adjecta, dum inquit: *Varie enim homines ſignant.* Alioqui in oratione excluſiva, qua diceretur, licere tantum annulo ſignare, ita ſcribendum fuiſſet: *Sed magis eſt, ut tantum annulo quis ſignare poſſit, & quidem eo qui habet characterem.* Eaque ſententia, quod non tantum annulo, ſed & quovis alio ſigillo poſſit ſignari teſtamentum, uſu & conſuetudine ſervatur, teſte *Accurſio* & *Bartolo in d. l. ad teſtium.* §. *ſignum.* Quos ſequuntur *Connan. lib. 6. comment. cap.* 2. & *Donell. lib. 6. comment. cap.* 8. Diſſentit *Viglius ad* §. *poſſunt autem. inſt. de teſt. ordin.* qui vult, annulo tantum poſſe ſignari tabulas teſtamenti, eo quod teſtamentum ſit res maximi momenti, continens diſpoſitionem de omnibus bonis defuncti. Hæc vero noſtra ſententia, quod quovis ſigno vel ſigillo teſtamentum a teſtibus poſſit ſubſignari, conſtitutione imperii eſt comprobata, *van Notarien, ſub. rubr. van teſtamenten, verſ. Nuw die form eines teſtaments.*

ASSERTIO XVII.

Filiusfam. ne quidem conſentiente patre teſtamentum facere poteſt.

QUi alieno juri ſubjecti ſunt, ut filiifam. teſtamentum facere prohibentur. *l. 6. ff. qui teſt. fact. poſſ. princ. inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* Quod adeo verum eſt, ut ne quidem conſentiente patre teſtamentum facere poſſit. *d. l. 6.* Ratio eſt, quia teſtamenti factio juris publici eſt. hoc eſt, teſtamenti faciendi facultas tribuitur jure publico & legibus, non privatorum hominum voluntate. *l. 3. ff. qui teſt. fac. poſſ.* Atqui jus publicum exigit, ut paterfamil. ſit, qui de bonis ſuis teſtari volet. Juri autem publico privatorum pactis derogari non poteſt. *l. jus publicum. 38. ff. de pact.* Proinde nec filiifam. legata aut fideicommiſſa codicillis relinquere poſſunt, quia hæc omnia pendent ex factione teſtamenti. *l. 2. ff. de legat. 1.*

Sed oppoditur huic deciſioni, quod *filiusfam. in cauſis publicis habetur loco patrisfam. l. filiusfam. 9. ff. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt.* At *teſtamenti factio eſt juris publici. l. 3. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Unde & filiofam. permitti debet teſtamentum de bonis ſuis condere. Reſp. Lex XII. tab. expreſſe requirit, ut paterfamil. ſit, qui de re ſua pecuniave teſtari volet. Sic enim habent verba legis XII. tab. *Paterfam. uti ſuper pecunia tutelave ſua legaſſit, ita jus eſto.* Deinde quod dicitur in cauſis publicis filiumfam. haberi pro patrefam. hoc intelligendum eſt de officiis & muneribus publicis, ut videlicet filiusfam. non minus quam paterfam. tutor eſſe, item magiſtratum gerere poſſit.

Secundo objicitur. *Filiusfam. poteſt conſentiente patre mortis cauſa donare. l. tam is. 25. §. 1. ff. de mort. cauſ. donat.* Ergo & teſtamentum facere poteſt permittente patre, quia mortis cauſa donatio eſt ultimæ voluntatis ſpecies. *§. 1. inſt. de donat.* Reſp. Longe diſſimilis cauſa eſt inter donationes cauſa mortis, & teſtamenta. Nam donatio eſt juris privati, teſtamenti vero factio juris publici. Atqui quæ privati juris ſunt, privatorum pacta admittunt, ſecus vero ea quæ ad publicam utilitatem ſunt conſtituta. *l. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* In publicis enim cauſis nihil poteſt conventio privatorum. *l. jus publicum. 38. ff. de pact.* In caſtrenſibus tamen & quaſi caſtrenſibus bonis permittitur filiofam. teſtamentum facere etiam invito patre. *princ. inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* Ratio eſt, quia in hiſce bonis filius habetur pro patrefam. *l. 2. ff. de SC. Maced.* Ideoque etiam filiusfam. doctor juris, medicus, advocatus, magiſter artium, notarius, poſſunt teſtari de bonis ratione officii vel profeſſionis ſuæ acquiſitis, quia hæc omnia computantur in quaſi

ſi caſtrenſi peculio. *l. ult. C. de inoff. teſt. l. fori.* 4. & *l. advocati.* 14. *C. de advoc. diverſ. judic.* De profectitiis igitur & adventitiis bonis filiisfam. teſtamentum facere non licet, ne quidem conſentiente patre.

Assertio XVIII.

Heredis appellatio non ſolum ad proximum heredem, ſed & ad ulteriores refertur.

Traditur pro regula juris, quod heredis nomine non ſolum primus heres, ſed etiam ulteriores, heredisque heres ſignificantur, & cæteri deinceps longa ſerie ſuccedentes. Unde & heredis heres, primi teſtatoris heres eſſe dicitur. *l. heredis.* 65. & *l. ſciendum.* 70. *l. heredis.* 170. *ff. de V. S. l. qui per ſucceſſionem.* 194. *ff. de R. J. l. ult. C. de hered. inſt.* Exemplum eſt in *l. in annalibus.* 22. *C. de legat.* ubi reſcriptum eſt, quod legatum annuum alicui & heredibus ejus relictum, ejus quoque heredibus in infinitum relictum cenſetur. Hinc & illud deciſum eſt, ſi alicui in teſtamento conditio impoſita eſt, ut heredi daret, hanc etiam conditionem in herede heredis adimpleri. *l. cum ita datur.* 94. §. 1. *ff. de condit. & demonſtr.* Huc facit *c.* 1. *de homicid. in 6.* ubi ab Innocentio quarto Pont. ſancitum eſt, quod Pontifex Romanus licet indignus & immeritus ſit, hoc eſt, licet infinitis paſſibus a doctrina & moribus Apoſtoli Petri turpiter defecerit, nihilominus ſucceſſor ejus dicatur, quamvis maximo numero alii medii interceſſerint.

Opponitur primo *l. qui liberis.* 8. §. *ult. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* ubi cum teſtator filio ſuo ita ſubſtituiſſet: *Quiſquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres eſto.* de primo herede tantum intellexiſſe videtur, neque heredis heres admittitur. Reſp. Ceſſat hæc regula in ſubſtitutione pupillari. Ratio eſt, quia illi demum heredes per hanc ſubſtitutionem vocati cenſentur, qui certi ſunt, & quos affectione aliqua teſtator proſequitur. At erga heredem heredis ut ignotum nulla verſatur teſtatoris affectio. Unde nec talis perſona a patre filio ſubſtituta cenſetur.

Secundo adverſatur *l. antiquitas.* 14. *C. de uſufruct.* ubi deciditur, quod ſi teſtator Titio, ejuſque heredibus uſumfructum legaverit, primo tantum heredi, non vero ulterioribus heredibus uſumfructum reliquiſſe cenſetur. Reſp. Diſpoſitio hujus regulæ non procedit in legato uſusfructus heredibus relicto; hoc enim legatum ad primum tantum heredem pertinet, ne proprietas perpetuo inutilis reddatur, ſublata omni ſpe conſolidationis.

Tertio objicitur *l. ſciendum.* 70. *ff. de V. S.* & §. *illud. nov.* 78. ubi traditur, quod ingrati accuſatio, qua permittitur patrono & ejus heredibus libertum ut ingratum accuſare, & in ſervitutem revoca-

re,

re, tantum conceditur proximo heredi filio, non etiam, ſi heredi heres extiterit. Reſp. Hoc ſpecialiter receptum eſt, quod ingrati liberti accuſatio ultra primos heredes patroni non extenditur. Idque ea ratione accidit, quia ingrati accuſatio odioſa eſt, quæ libertum ſub priſtinum ſervitutis jugum revocat, ideoque ultra primos heredes patroni non porrigitur. *l.* 1, 7. & *ult. C. de revoc. donat. l. penult. C. de libert. & eor. liber.*

ASSERTIO XIX.

Inſtitutis iis heredibus quæ jure civili inſtitui non poſſunt, hereditas non ad fiſcum defertur, ſed ad heredes ab inteſtato pertinet.

Heredes illi tantum inſtitui poſſunt, cum quibus eſt teſtamenti factio, hoc eſt, qui ex teſtamento vel ipſi capere, vel alii acquirere hereditatem poſſunt. *l.* 49. §. 1. *ff. de hered. inſt.* §. *in extraneis heredibus.* 4. verſ. *teſtamenti inſt. de hered. qual. & diff.* §. *legari.* 24. *inſt. de legat.* Teſtamenti autem factio eſt ſolum cum civibus Romanis. *l.* 1. *ff. ad l. Falc.* Hinc deportati, & in opus publicum perpetuo dati, ut ſunt qui moribus noſtris damnantur ad triremes, quia damnatione civitatem amittunt, fiuntque ἀπόλιδες. i. e. ſine civitate. *l.* 2. §. 1. *l. ſunt quidam.* 17. *ff. de pœn.* nec heredes inſtitui poſſunt tanquam peregrini. *l.* 1. *C. de hered. inſt.* Sed quæritur, ſi tales qui hereditatem jure civili ex teſtamento capere non poſſunt, inſtituti ſint, an tunc hereditas perveniat ad heredes ab inteſtato, an vero ad fiſcum? Et verior eſt ſententia, ad proximos heredes ab inteſtato hereditatem incapacibus perſonis relictam pertinere, non vero ad fiſcum. Quod probatur per *d. l.* 1. *C. de hered. inſt.* ubi traditur, quod ſi deportati ſcripti ſint heredes, quod tanquam peregrini heredes eſſe non poſſint, ſed hereditatem in ea cauſa eſſe, in qua eſſet, ſi ſcripti heredes non eſſent. At ſi ſcripti heredes non fuiſſent teſtamento, tunc hereditas perveniret ad proximos heredes ab inteſtato, nec prius admitteretur fiſcus, quam iſti omnes excluſi eſſent. *l. in plurium.* 70. *ff. de acquir. vel amitt. hered. l.* 1. *ff. ſi tab. teſtam. null. ext. unde liberi. l.* 1. in princ. & §. *qui ſemel.* 6. *ff. de ſucceſſ. edict.* Ideoque & deportatis heredibus inſtitutis, hereditas ad proximos heredes ab inteſtato, non ad fiſcum pertinebit. Idem diſerte traditur in *l.* 3. *ff. de his quæ pro non ſcript. hab.* ubi generaliter traditur, ſi quid relictum ſit in metallum damnatis, vel aliis incapacibus, pro non ſcripto haberi, nec ad fiſcum pertinere. Et hanc eſſe veram & communem DD. opinionem teſtatur *Jul. Clarus in recept. ſentent.* §. *teſtamentum. quæſt.* 22. quod ſcilicet, deportato inſtituto, hereditas non applicetur fiſco, ſed pertineat ad heredes ab inteſtato, perinde ac ſi deportatus inſtitutus non fuiſſet.

Oppo-

Opponitur huic aſſertioni *l. cum quidam.* 12. *ff. de his quæ ut indign. aufer.* ubi dicitur, *cum quidam ſcripſiſſet heredes quos inſtituere non poterat, quamvis inſtitutio non valeat, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt ſupremam voluntatem, auferri hereditatem a ſenatu, & fiſco applicari.* Reſp. Non dicitur in illa lege, quod quidam ſcripſerat heredes, qui omnino inſtitui non poterant, ſed quos ipſe ſcilicet teſtator inſtituere non poterat: ut intelligamus agi de heredibus, qui conditione quidem ſua inſtitui poterant, verum iis quos teſtator ob privatas cauſas inſtituere non poterat, qualis eſt, qui inſtituit mulierem quam adulterio cognoverat. Hoc caſu & ſimilibus hereditas ut indigno aufertur, & fiſco vindicatur. *l. Claudius.* 13. & *l. mulierem.* 14. *ff. de his quæ ut indign. aufer.*

Secundo opponitur *l. ſi deportati.* 7. in princ. *ff. de leg.* 3. ubi dicitur, ſi deportati ſervo aliquid relictum ſit, id ad fiſcum pertinere. Reſp. Id quod deportati ſervo relictum eſt, pertinet ad fiſcum. Cum enim omnia, quæ deportatus poſt deportationem & publicationem bonorum acquirit, pertineant ad fiſcum, *l.* 12. *C. de bon. proſcript.* hinc fit, ut quod ſervo quem deportatus poſt deportationem acquiſivit, relictum eſt, perinde cenſeatur, ac ſi ipſi fiſco relictum eſſet, cum fiſcus ſit vere dominus ipſius ſervi. Unde & legatum ſervo deportati relictum, fiſco acquiritur, tanquam vero domino ſervi, ut res ſolent per ſervos dominis acquiri. Verum quod ipſi deportato relictum eſt, hoc non pertinet ad fiſcum, ſed ad heredes ab inteſtato, quaſi pro non ſcripto ſit, quod relictum eſt. *d. l.* 3. *ff. de his quæ pro non ſcript. hab.*

ASSERTIO XX.

Inſtitutio heredis facta ſub turpi demonſtratione, vitiat inſtitutionem.

Turpis demonſtratio heredis vitiat inſtitutionem, ut puta ſi heres inſtitutus non appellatus ſit ſuo nomine, ſed turpi aliqua demonſtratione, qualis contumeliæ cauſa adjici ſolet. textus in *l. quoties.* 9. §. *ſi quis nomen.* 8. *ff. de hered. inſt.* Similiter & legata ſub turpi conditione relicta ſunt inutilia. *l. turpia.* 54. *ff. de legat.* 1. ubi ita reſpondet JC. Pomponius, quod *turpia legata, quæ denotandi magis legatarii gratia ſcribuntur, odio ſcribentis pro non ſcriptis habentur.* Exempli gratia: *Ille qui nuper in hac civitate fuſtibus caſus eſt, ille quem fama eſt, latrocinium his diebus commiſſum perpetraſſe, ille qui nominatur in hac urbe, ſcurra, morio, heres mihi eſto, vel tale legatum capiat.* Hæc inſtitutio heredis, hoc legatum jure improbatur, etiamſi conſtet, quis ille ſit, qui fuſtibus cæſus eſt; quis item ille, de quo ſit ſuperior fama & opinio. *d. l. turpia.* ubi addi-

additur ratio, quod *odio ſcribentis, legata turpia, quæ denotandi magis legatarii gratia ſcribuntur, pro non ſcriptis habentur.*

Sed opponitur huic deciſioni hæc regula juris, quod ſcienti & volenti nulla fiat injuria, vel dolus. *l. nemo videtur.* 145. *ff. de R. J.* ubi ſtatuitur pro regula, quod *nemo videtur eos fraudare, qui ſciunt & conſentiunt.* Ideoque ſi heres hac demonſtratione inſignitus nihilominus agnoſcat hereditatem, vel legatum, nulla poteſt videri injuria illi a teſtatore irrogari. Reſp. Ideo hoc legatum & hæc inſtitutio heredis nulla eſt & inutilis, quia pugnat cum fine inſtitutionis & legati. Nam inſtitutionis & legati hic finis eſt, ut heredi inſtituto & legatario honos exhibeatur. At turpi demonſtratione deſignato herede vel legatario, inſtitutio & legatum hos dedecore & probro afficit. Non enim poſſunt ex ea demonſtratione hereditatem vel legatum petere, niſi prius conceſſerint ſe eos ipſos eſſe, qui ſunt demonſtrati, quod illis turpe eſſet & probroſum. Pulchre *Donell. lib. 6. comm. cap.* 19.

Secundo objicitur *l. his verbis.* 48. §. 1. *ff. de hered. inſt.* ubi dicitur, quod *valet illa inſtitutio: Filius meus impiiſſimus, male de me meritus, heres eſto.* Reſp. Valet illa inſtitutio cum maledicto, dum tamen abſit contumelia. Unde *iſta inſtitutio valet: Filius de me male meritus, heres eſto.* Quia pater videtur maledictum dicere magis admonendi & objurgandi filii cauſa, quam ut illi notam quandam contumeliæ inurat. Sed ſi contumeliæ cauſa adjicitur maledictum, quod maxime & præcipue fit in heredibus extraneis, tunc odio ſcribentis inſtitutio pro nulla habetur. *d. l. turpia. Duar. ad tit. de hered. inſt. c.* 3.

ASSERTIO XXI.

Quæ inſtitutio, item quod legatum, ab initio non conſtitit, ex poſt facto non convaleſcit.

QUæſtio movetur a JC. an ſi ab initio non ſubſiſtit inſtitutio heredis, item legatum vel fideicommiſſum, vel propter vitium perſonæ, cui legari non poteſt, vel rei quæ legari non poſſit, ſi hoc impedimentum poſtea ſublatum ſit, redieritque in eum locum, a quo incipere poſſit legatum vel fideicommiſſum, an convaleſcat legatum, an vero non confirmetur, quia legati initium ſpectari oporteat. Exempli gratia: Deportato legatum relictum eſt. is poſtea beneficio Principis in civitatem rediit. quæritur, an legatum illi relictum convaleſcat? Item res mea mihi legari non poteſt; deinde a me alienata, mea eſſe deſiit. quæſitum eſt, an hæc recte mihi legetur. Et hæc tegula Catoniana ſic decidit: *Quod ſi teſtamenti facti tempore deceſſiſſet teſtator, inutile foret, id legatum quandocunque teſtator deceſſit, non valere. l.* 1. *ff. de*

reg.

reg. Caton. Quibus verbis hæc univerſa quæſtio deciditur, ut ſive alicui legari non potuit, ſive res aliqua ab initio legari non potuit, ita ab initio inutile ſit legatum, ut nulla mutatione perſonæ, aut rei poſtea incidente convaleſcat. Eaque ſententia aliis duabus regulis juris confirmatur, quæ ita habent: *Quæ ab initio inutilis fuit inſtitutio, tractu temporis convaleſcere non poteſt.* Item: *Quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere non poteſt. l. quod initio. 29. l. quæ ab initio. 210. ff. de R. J.* Sic deportato legatum relictum non valebit, & ne quidem ſi vivo teſtatore civis Romanus eſſe cœperit, legatum convaleſcet. Similiter res mea mihi legari non poteſt: ſi legata ſit mihi, quamvis vivo teſtatore ſit alienata, nihilomagis legatum convaleſcet, quod ab initio non conſtitit. *l. cætera. 41. §. 1. ff. de leg. 1.*

Sed objicitur *d. l. 1. §. 2. ff. de reg. Caton.* Cujus hæc ſunt verba: *Item ſi tibi legatus eſt fundus, qui ſcribendi teſtamenti tempore tuus eſt, ſi eum vivo teſtatore alienaveris, legatum tibi debetur.* Reſp. Hæc verba non ita accipienda ſunt, ac ſi tibi pure legatus eſſet fundus proprius, ut ſi eum vivo teſtatore alienaveris, nihilominus tibi debeatur, ſed ita intelligenda ſunt, ut tibi fundus tuus legatus eſſe dicatur, ſub hac conditione, *ſi eum vivo teſtatore alienaveris*, ac tum reſpondeatur hoc caſu legatum deberi. Loquitur enim JC. Celſus illic de legato conditionali. Atqui regula Catoniana ad legata conditionalia, & conditionales inſtitutiones non pertinet. *l. penult. ff. de reg. Caton.* Idem confirmat breviter & dilucide *Paulus in l. mea. 98. ff. de condit. & demonſtr.* ubi reſpondet in hæc verba: *Mea res ſub conditione mihi legari poteſt, quia in hujuſmodi legatis non teſtamenti facti tempus, ſed conditionis expletæ ſpectari oportet.* Similiter ſi deportatus inſtitutus ſit ſub conditione, *cum capere poterit*, aut alia quavis, & tempore expletæ conditionis capere poterit, recte inſtitutus cenſetur, & capax factus hereditatem capiet. arg. *l. in tempus. 62. ff. de hered. inſtit.* Regula enim Catoniana tum ad conditionales inſtitutiones, tum ad legata conditionalia non pertinet, hoc ſenſu, ut quamvis quid legatum ſit, quod ſi initium ſpectaremus, non valeret, tamen utile ſit, ſi tempore exiſtentis conditionis utiliter relinqui potuit, ut hoc tempus evenientis conditionis potius ſpectemus, quam facti teſtamenti. *d. l. mea. 98. ff. de condit. & demonſt.*

ASSERTIO XXII.

Milites coram teſtibus ſaltem duobus teſtamentum ſine ſcriptis condere poſſunt.

Milites quamvis a teſtandi ſolennibus immunes ſint, eorum tamen ultimum elogium coram teſtibus ſaltem duobus exponi

poni debet, quoties ſine ſcriptis teſtantur, quo probari poſtea poſſit illorum voluntas. Neque ſi in convivio aut congreſſibus familiaribus miles aliquem heredem dixerit, continuo hoc pro teſtamento habebitur. §. *plane.* 1. *inſt. de teſt. mil.* Solemus enim aliquando in familiari colloquio, commemorantes alicujus erga nos merita, civiliter & honoris gratia magis, quam ex animo dicere, nos viciſſim velle, ut bona noſtra poſt mortem ad eum redeant. Debet igitur certo conſtare de militis voluntate, quod ſerio teſtari voluerit. *l. Lucius.* 40. *ff. de teſt. mil.* Quod aut ſcripto militis qualicunque, quod certum ſit ab eo eſſe profectum, conſtabit, vel ſine ſcripto idoneis teſtibus, coram quibus miles ultimum ſuum judicium protulit. Quam ad rem ex regula communi duo teſtes ſufficiunt, duo tamen ut minimum neceſſarii. *l. ubi.* 12. *ff. de teſtib.* Non autem opus eſt, ut miles teſtes ſolenniter convocet, quia rogatio eſt actus juris civilis, cujus ſolennitatibus milites non ſunt adſtricti.

Sed objicitur §. *plane.* 1. *inſt. de teſt. mil.* & *l. Divus.* 24. *ff. eodem.* ubi dicitur, ut valeat teſtamentum militis, requiri, ut coram teſtibus ſaltem duobus ad hoc convocatis ultimam ſuam voluntatem exponat, quem ſcilicet velit ſibi eſſe heredem. Reſp. Quod ibi dicitur, quod convocatis ad hoc hominibus miles teſtatus eſt, illa verba duntaxat narrative, non diſpoſitive ſunt poſita. Continent enim facti tantum narrationem, quod ſcilicet ita de facto evenerat, quod miles coram teſtibus vocatis de bonis ſuis diſpoſuerat: verba autem enunciativa ſeu narrativa nihil diſponunt. Ita recte *Viglius in d.* §. *plane.* contra communem interpretum opinionem decidit, quod videlicet cum de militis ultima voluntate conſtat, irritum non fiat ejus teſtamentum ob hoc, quod teſtes ad teſtamentum faciendum non convocavit. Cui ſententiæ adſtipulantur Weſembec. Stephanus, Budæus & alii.

ASSERTIO XXIII.

Hereditas non adita ad heredes non tranſmittitur.

Extat variis locis hæc definitio ſeu regula juris, quod hereditas non adita, aut bonorum poſſeſſio non agnita, ad heredes non tranſmittatur, quæ traditur in *l. quoniam.* 7. *C. de jure delib. l. unic.* §. *in noviſſimo.* 5. *C. de caduc. toll. l. emancipata.* 4. *C. qui admitt. ad bon. poſſ. & intra quod tempus.* Cujus regulæ hæc eſt ſententia, quod hereditas non adita a defuncto, ne quidem ita ad heredes tranſmittatur, ut poſſint eam adeundo conſequi: jus enim adeundi hereditatem ad heredes non tranſmittitur. Mortuo itaque herede ante aditam hereditatem, ita hereditas morte ejus amittitur, ut jam adeundo ab heredibus defuncti amplius acquiri non poſſit.

Sed adverſatur huic deciſioni hoc argumentum: *Heres ſuccedit in*

in omne jus defuncti. l. heres in omne. 3. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l. hereditas.* 62. *ff. de R. J.* Atqui jus adeundi habuit heres defunctus. Ergo illud transfert ad heredes ſuos. *Reſp.* Ad ea quæ perſonæ cohærent, hoc juris axioma non pertinet, quia quod perſonale eſt, ad heredem non tranſit. *l. non ſolum.* 8. §. *tale.* 3. *ff. de liberat. leg. l. quia tale.* 13. *ff. ſolut. matr.* Atqui jus hereditatis delatæ adeundæ eſt perſonale, quia perſonæ conditio locum facit huic beneficio. *l. in omnibus cauſis.* 39. *ff. de reg. jur.* eo quod in hoc jure tribuendo, perſonæ heredis, meriti, dignitatis, reverentiæ ejus, aut ſimilium rerum perſonæ cohærentium ratio habetur. Defertur enim hereditas aut ob præcedens aliquod meritum plerumque heredibus ſcriptis, aut ob conjunctionem ſanguinis, proximis heredibus ab inteſtato, liberis puta, parentibus, aut cognatis. *l. nec adjecit.* 9. & *l. ſeq. ff. pro ſoc.* Itaque cum beneficium delatæ hereditatis adeundæ cohæreat perſonis heredum ſcriptorum, aut proximorum cognatorum, ideo cum perſona extinguitur, nec tranſit ad heredes. *d. l. quia tale. ff. ſolut. matr.*

Secundo objicitur *l. cum in antiquioribus.* 19. *C. de jur. delib.* ubi ſancitur, quod mortuo herede, qui ſcit ſibi delatam eſſe hereditatem, ante aditam hereditatem intra annum, jus deliberandi & una adeundi hereditatem tranſmittat ad heredes ſuos quoſcunque, intra id tempus, quod ipſi, ſi viveret ex eo anno ad deliberandum reliquum eſſet. *Reſp.* Hic ſpecialis caſus excipitur a generali regula, qua traditur hereditatem non aditam non tranſmitti ad heredes. Cujus ſpecialis juris hæc eſt ratio, quia cum ſciunt heredes ſibi delatam eſſe hereditatem, neque adeunt, exiſtimantur deliberare de hereditate adeunda, & id jus deliberandi, atque ex eo jus adeundi, ſi expediat, ſibi ſumere, quod ſumtum & velut ſuum factum, non mirum ſi ad heredes ſuos transferant.

Tertio adverſatur *l. unic. C. de his qui ante apert. tab. hered. tranſmitt.* ubi traditur, quod liberi parentum hereditatem ſibi delatam, nec aditam, quamvis juris ſui ignari, ad liberos eoſdemque ſuos heredes tranſmittant. *Reſp.* Speciali favore liberorum hoc eſt ſingulariter indultum: quia enim hereditas parentum liberis debetur naturali jure ſanguinis, fit, ut hæc tranſmiſſio hereditatis parentum non aditæ facilius permittatur, ut ita nepotes ad avitam hereditatem avi ſui, filio forte mortuo, ſine ulla temporis præſcriptione perveniant.

ASSERTIO XXIV.

Juri adeundi hereditatem 30 annis præſcribitur.

COmmunis & recepta eſt DD. ſententia, quod juri adeundi hereditatem 30 annis præſcribatur. Ita notant *Accurſ.* & communi-

muniter *DD. in l. 3. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Hæc ſententia probatur primo hoc argumento, quod omnia jura perſonalia, ſive publica ſive privata, 30 annorum præſcriptione tollantur. *l. omnes.* 4. & *l. ſicut.* 3. *C. de praſcript.* 30 *vel* 40 *annor.* Itaque & jus adeundi hereditatem, longiſſimi temporis ſpacio, videlicet præſcriptione 30 annorum tollitur & extinguitur. Secundo eadem ſententia confirmatur per *l. licet.* 8. *C. de jur. delib.* & ibi *gloſſ.* ubi dum negat textus juri adeundi hereditatem vel juri immiſcendi ſe hereditati præſcribi longo tempore, puta decem annis inter præſentes, viginti inter abſentes, a contrario ſenſu colligitur juri adeundi præſcribi ſaltem longiſſimo tempore; ut puta ſi quis per 30 annos ceſſavit adire hereditatem, jam ſit excluſus a jure adeundi, & præſcriptione 30 annorum poſſit a petitione hereditatis repelli. Tertio facit ad hujus ſententiæ comprobationem firma & efficax ratio, quia illud longiſſimum tempus inducit tacitam repudiationem. *l. ſi filiusfam.* 10. *C. de petit. hered.* quæ eſt fortior & efficacior quam verbalis repudiatio. Ita notat *gloſſ. in l. ſi quis ſuus heres. ff. de jur. delib.* per *l. 3. C. de jur. & fact. ignor.*

Contra hanc communem & receptam DD. ſententiam movetur tale argumentum: Jus adeundi hereditatem non eſt in bonis noſtris, ſed facultas tantum quædam cenſetur, ſeu potentia adeundi. *l. pretia rerum.* 63. verſ. *ſed nec heredem. ff. ad l. Falc.* Atqui quæ nudæ & meræ facultatis ſunt, nullo tempore præſcribuntur. *l. viam.* 2. *ff. de via publ.* Ergo & jus adeundi hereditatem nullo quantumvis longiſſimo tempore præſcribitur. Reſp. Propoſitio hujus argumenti falſa eſt; nam jus adeundi hereditatem non eſt mera facultas duntaxat, ſed eſt jus quoddam acquirendi hereditatem, ex quo poſtquam eſt in actum deductum, producitur & naſcitur petitio hereditatis. *l. 3. C. de inſt. & ſubſtit.* Præterea quod dicitur, impræſcriptibilia eſſe, quæ meræ facultatis exiſtunt, publicæ utilitatis favore procedit. Itaque in iis, quæ publicæ utilitatis ſunt, ut in via publica, locum habet. Nam quæ ſunt privatæ utilitatis, præſcriptione tolli poſſunt. *l. ſi quiſquam.* 7. *ff. de diverſ. temp. praſcript. l. in bello.* 12. §. *& ſi ignorans.* 8. verſ. *ideòque tranſacto tempore. ff. de capt. & poſtl. redempt. ab hoſt.*

Secundo opponitur hoc argumentum: Jus adeundi hereditatem, in ſolo animo conſiſtit. *l. ſi avia.* 6. *C. de jur. delib.* §. *ult. inſt. de hered. qual. & diff.* Sed cum præſcriptio ſine poſſeſſione non procedat. *l. 3. ff. de uſucap.* & nemo ſit, qui alterius animum poſſideat, hinc ſequitur nec juri adeundi hereditatem præſcribi. Reſp. Non agitur proprie de præſcriptione, ſed extinctione juris adeundi per non uſum longiſſimi temporis. Nam in juribus incorporalibus, quæ proprie non poſſidentur, ſatis eſt argui ejus negligentiam, qui jus ſibi competens exercere negligit. *l. ſiquitur.* 4. §. *ſi viam.* 27. *ff. de uſucap. l. corruptionem.* 16. *C. de uſufructu.* Hæc ſen-

tentia, quod juri adeundi hereditatem 30 annis præſcribatur, communiter a DD. recepta eſt & approbata, ideoque ab ea in judicando & conſulendo non eſt recedendum. Ita atteſtantur *Sichard. ad l. licet. C. de jur. deliber. Gomez. variar. reſol. tom. 1. c. 9. num. 17.* & *28. Suarez. in theſauro recept. ſentent. num. 60. in litera A.* Approbat *Coraſ. lib. 6. miſcel. cap. 21.* Diſſentiunt *Salycet.* & *Fulgoſ. ad d. l. licet.* Aliter ſtatuit *Minſ. cent. 2. obſ. 71.* qui vult, juri quidem adeundi hereditatem 30 annis præſcribi, ſed juri immiſcendi. quod competit ſuis heredibus, nullo unquam tempore præſcribi poſſe, per *l. unic. C. de his qui ante apert. tab. hered tranſmitt.* & quia aditione hereditatis opus non habent. Cui ſententiæ adſtipulatur *Cujac.* vir multæ doctrinæ atque eruditionis, *in parat. C. de jur. delib.* ubi inquit: *Si neque a judice, neque a Principe datum ſit tempus ad deliberandum, jus, ut opinor, adeunda hereditatis eſt perpetuum. l. 1. C. de ſuis & legit. liber. &c.* & ita notant Græci ad *l. 4. C. qui admitt. ad bon. poſſ. & intra quod tempus.* τὸ πολιτικὸν δίκαιον χρόνῳ οὐκ ἀποκλείεσθαι Quibus crediderim magis, quam argumentis Latinorum ductis male vel ex *l. 8. C. de jur. delib.* vel ex aliis locis. Poſtremo illud ſingulariter notandum, quod ſi filii ex capite *unde liberi*, ob 30 annorum præſcriptionem a patris hereditate repellantur, ad eandem ex capite *unde legitimi vel agnati* nihilominus admittentur intra alios 30 annos. Ita communiter receptum eſſe a DD. notat *Zuarez. in theſaur. recept. ſentent. num. 262. in litera F.* per *l. 1. §. ſed videndum. ff. de ſucceſſ. edict.* Eandem ſententiam approbat & confirmat *Alciat. lib. 4. paradox. c. 4.*

ASSERTIO XXV.

Filius vivo patre non eſt dominus bonorum paternorum.

QUod filius vivo adhuc patre nullum habeat dominium in bonis patris, hiſce argumentis liquido ſatis comprobatur. Nam filius, patre non conſentiente, manumittere non poteſt ſervos paternos. *l. ſi conſentiente. 16. l. ſervum. 22. ff. de manumiſſ.* Adhæc filius vivo patre rem nullam paternam alienare aut oppignorare poteſt. *l. 4. C. ſi res alien. pign. data ſit. l. 3. C. de patr. pot.* Denique nec pro herede ſe gerere poteſt filius vivo patre in bonis paternis. *l. neminem. 27. ff. de acq. vel omitt. hered.* ubi quod dicitur, *neminem pro herede ſe gerere poſſe, vivo eo, in cujus bonis gerendum ſit*, ita intelligendum eſt, neminem ne filiumfam. quidem in bonis patris vivo patre ſe heredem gerere poſſe.

Sed obſtat huic deciſioni *l. in ſuis. 11. ff. de liber. & poſth. hered. inſt. &c.* ubi traditur, quod filius quodammodo dominus eſt bonorum paternorum vivo adhuc patre. Reſp. Dupliciter, vel

quod fictione juris filiusfam. tantum dominus eſt bonorum paternorum κατ' ἐλπίδα & in ſpe, quod ſcilicet mortuo patre ſtatim neceſſario filius conſequitur dominium bonorum paternorum, Quicunque enim filii ſunt, neceſſario etiam heredes exiſtunt in bonis paternis. Habent ergo filiifam. quaſi dominium bonorum paternorum vivo patre κατὰ πρόληψιν, id eſt, per anticipationem, quoniam pater retinet adminiſtrationem bonorum ſuorum quamdiu vivit, filiuſque poſt mortem patris non dicitur conſequi novum dominium, ſed magis liberam bonorum adminiſtrationem. *d. l. in ſuis.* Vel ſecundo reſponderi poteſt, quod filius non ſimpliciter & abſolute eſt dominus bonorum paternorum, vivo adhuc patre, ſed tum demum, ſi pater conſentiat, & concedat illi plenam ſuorum bonorum adminiſtrationem & diſpoſitionem. Sic recte *Lactant. lib. 4. inſt.* ſcriptum reliquit, *Filium minorem eſſe dominum, patrem majorem, ita ut ſine patris arbitrio & voluntate filius nihil gerere & adminiſtrare poſſit in bonis paternis.* Ita tradunt *Vaconius a Vacuna lib. 3. declar. c. ult. Cujac. lib. 25. obſerv. c. 14.*

ASSERTIO XXVI.

Heredes tenentur ad defuncti bona exolvenda pro portionibus hereditariis.

Regula juris eſt deſumta ex legibus 12. tab. quod *heredes debitoris tenentur ad æs alienum defuncti creditoribus hereditariis exolvendum pro portionibus hereditariis.* Quæ regula relata extat in *l. 1. C. ſi cert. pet. l. ea quæ. 6. C. fam. erciſc. l. 2. & ult. C. de hered. act. l. heredes. 25. §. idem juris. 13. ff. famil. erciſc.* Ideo autem dividitur æs alienum pro portionibus hereditariis, quia cum heredes teneantur, quatenus ſunt heredes, neceſſe eſt, ut pro ea parte teneantur, ex qua ſunt heredes. Quatenus enim ponitur cauſa, eatenus ponitur effectus. Succeſſio eſt cauſa obligationis in heredibus. Ergo eatenus obligantur, quatenus ſuccedunt. Adeo autem verum eſt, obligationem ipſo jure ſcindi inter heredes pro partibus hereditariis, ut pacto ipſorum heredum effici non poſſit, ut unus ipſorum teneatur creditoribus hereditariis in ſolidum. *l. pacto. 26. C. de pact.*

Sed contra hanc aſſertionem pugnat *l. 2. C. de hered. act.* & *l. 2. C. ſi unus ex plurib. hered. credit. &c.* ubi traditur, ſi heredes debitoris poſſideant res pignori obligatas a defuncto, tunc non convenientur ſinguli heredes, qui poſſident res pignoratas pro hereditariis portionibus, quas habent in pignore, ſed in ſolidum, quoad totum debitum exolvant, vel pignore quod detinent, in totum cedant. Reſp. Deciſio prædicta procedit in actionibus perſonalibus, non vero in hypothecaria actione; nam ea actione conventi here-

heredes debitoris, ſi poſſideant rem pignori obligatam, ſinguli in ſolidum pro debito conveniri poterunt. Ratio duplex eſt; prima, quia hypotheca ſeu pignus obligatur in ſolidum, ut tam diu teneatur vinculo obligationis, donec omnis pecunia ſoluta fuerit. *l. ſi rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pign. act.* Altera ratio eſt, quia actio hypothecaria ſequitur rem pignoratam, & contra ejus poſſeſſorem competit. Itaque cum heredes debitoris actione hypothecaria conveniuntur a creditoribus, alio coherede facto paupere, coheredes pro parte ejus tenentur. Quod non eodem modo obtinet in actionibus in perſonam, in quibus uno ex heredibus facto paupere, alius pro ejus parte conveniri non poteſt. *l. legatorum. 33. ff. de leg. 2. Coſtal. ad l. heredes. 25. ff. famil. erciſc.*

Secundo in contrarium adfertur *l. ſi poſſeſſor. 55. ff. de rei vind.* ubi ſtatuitur, ſi unus ex pluribus heredibus poſſeſſoris totum fundum poſſedit, quod in ſolidum condemnari debeat. Reſp. Præſcripta aſſertio obtinet tantum in perſonalibus actionibus, non vero in actione in rem ſeu rei vindicatione: nam ibi unuſquiſque heres qui poſſidet rem petitam, in ſolidum tenetur, damnaturque in ſolidum, non pro hereditaria portione. Ratio eſt, quia actionem in rem parit poſſeſſio adverſarii. *d. l. ſi poſſeſſor. 55. ff. de R. V. l. 1. C. de alien. jud. mut. cauſ. fact.*

Tertio adverſatur *l. 2. §. ex his. 2.* & *l. in executione. 85. ff. de V. O.* ubi proponitur, quod heredes debitoris qui promiſerat *iter dari*, vel *opus fieri*, ſinguli teneantur in ſolidum. Regula ſupra ſcripta non obtinet, ſi conveniantur coheredes de re individua, puta ex ſtipulatione *iter dari*, vel *opus fieri*: tunc enim ſinguli heredes tenentur, damnanturque plerumque in ſolidum.

ASSERTIO XXVII.

Codicilli nullam ſollennitatem ordinationis deſiderant.

Codicilli ſunt voluntatis ſupremæ imperfecta teſtatio, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit. Differunt hac nota codicilli a teſtamentis, quod teſtamentum ſit plena & perfecta diſpoſitio de omnibus bonis defuncti, codicilli vero ſunt imperfectum teſtamentum. Hinc teſtamento tantum recte heres inſtituitur, at codicillis heres inſtitui non poteſt. *§. codicillis. 2. inſtit. de codicil.* Codicilli etiam ſunt imperfectum teſtamentum, quoad ſolennia, quia non peraguntur codicilli certis ſolennibus, ſicut teſtamenta. *§. ſed cum paulatim. 3. inſt. de teſtam. ord. l. hac conſultiſſima. 21. in princ. C. eod.* Hinc ſcriptum eſt in *§. ult. inſt. de codicil.* quod *codicilli nullam ſolennitatem ordinationis deſiderant.*

Sed objicitur prædictis, quod codicillis etiam hereditas relinqui poteſt per fideicommiſſum. *l. 2. C. de codicill.* Reſp. Ex hoc

 ap-

apparet, totam hereditatem codicillis utiliter relinqui non poſſe, quoniam ſemper quarta Trebellianica apud heredem remanere debet, qui hereditatem reſtituit, illudque intereſt, utrum hereditas relinquatur teſtamento, an petatur ex codicillis per fideicommiſſum. *l.* 2. in fin. *ff. de jur. codicil. l. coheredi.* 41. §. *cum filia.* 2. *ff. de vulgar. & pupil. ſubſt.*

Secundo graviter adverſatur *l. ult.* §. *ult. C. de codicill.* ubi ſtatuitur, quod ad hoc ut valeant codicilli, requiratur, ut adhibeantur quinque teſtes, item ſi fiant in ſcriptis, tunc ſubnotationem ſeu ſubſcriptionem teſtium exigant. Ex quibus oſtenditur, codicillos non omnino eſſe ſine ſolennitate ordinationis, & ſic hoc non convenit cum eo, quod ſcriptum eſt in §. *ult. inſt. de codicill.* codicillos nullam ordinationis ſolennitatem deſiderare. *Reſp.* Quod dicitur codicillos nullam ordinationis ſolennitatem deſiderare, hoc referendum eſt ad jus vetus inſtitutionibus comprehenſum. At jure novo per conſtitutionem Theodoſii, quæ longo poſt intervallo introducta eſt, hoc ſtatutum eſt, ut in codicillis exigantur quinque teſtes, & præterea eorum ſubnotatio requiratur, ſi fiant codicilli in ſcriptis. Præterea illi etiam in codicillis teſtes eſſe poſſunt, qui in ſolennibus & juſtis teſtamentis teſtes eſſe vetantur. Hinc mulier ad teſtamentum teſtis adhiberi nequit, in codicillis vero teſtis eſſe poteſt. *l. qui teſtamento.* 20. §. *mulier.* 6. *ff. qui teſt. fac. poſſ.* Denique in teſtamento non niſi teſtes rogati intervenire poſſunt, at in codicillis teſtes rogati an fortuito interſint, nihil intereſt. *d. l. ult. C. de codicill.* Pulchre *Donell. lib.* 7. *comm. c.* 19.

ASSERTIO XXVIII.

Rei legatæ dominium acquiritur legatario ſtatim ab adita hereditate.

Dominium legati poſt mortem teſtatoris acquiritur legatario, ex quo ſcilicet adita ex hereditas. *l. ſi tibi homo.* 86. §. *cum ſervus.* 2. & *l. ſervum.* 44. §. 1. *ff. de leg.* 1. Non vero dominium legati acquiritur prius, nec legata citius deberi intelliguntur. Ratio eſt, quia poteſt heres relictam ſibi hereditatem repudiare, atque ſic hereditate non adita, irritum fiet quicquid in teſtamento eſt ſcriptum. *l. ſi nemo.* 9. *ff. de teſt. tut.*

Sed adverſatur *l. a Titio.* 64. *ff. de furt.* ubi ſtatuitur, legata recta via a defuncto ad legatarium tranſire. Unde colligunt DD. dominium legati ſtatim a morte teſtatoris tranſire in legatarium. Reſp. Hoc illa lex non probat, ſed tantum ſignificat, ſervum legatum nunquam factum heredis, cum nec ante, nec poſt aditam hereditatem illius eſſe potuerit, eo quod dominium legati recta in legatarium tranſeat. *l. legatum.* 80. *ff. de legat.* 2. Proinde ſi ante

aditam

aditam hereditatem ſervus legatus rem hereditariam ſurripiat, poterit heres ob eam cauſam contra legatarium expediri, quia noxa caput ſequitur, licet ſervus delicti perpetrati tempore non fuerit legatarii. Æquum enim eſt, ut quem commoda cujuſque rei ſequuntur, eum quoque comitentur incommoda. *l. ſecundum naturam.* 10. *ff. de R. J.* Ita hanc controverſiam definiunt *Anton. Guib. lib.* 1. *quæſt. jur. c.* 14. *Fab. lib.* 6. *conject. c.* 1.

ASSERTIO XXIX.

Legata relicta ab inſtituto, a ſubſtituto tacite repetita cenſentur.

CAutum eſt jure & pro regula traditam, quod legata ab inſtituto relicta, tacita voluntate teſtatoris a ſubſtituto repetita cenſeantur. Quæ deciſio proponitur in *l. licet.* 74. *ff. de legat.* 1. *l. non juſtam.* 4. *C. ad SC. Trebell. l. ſi Titio.* 61. §. 1. *ff. de leg.* 2. Conjectura voluntatis ſumitur ex his rebus. Quod teſtator legavit alicui, id voluit ei omnino præſtari. Nihil autem cauſæ eſt, cur id velit præſtari ab inſtituto herede, nolit autem a ſubſtituto præſtari, quia minus dilexit ſubſtitutum quam inſtitutum, cum inſtitutum prætulerit in herede ſubſtituto. Huc facit, quod ſubſtitutus teſtatoris judicio eandem hereditatem conſequitur. Igitur conſentaneum eſt, ut ſubſtitutus, qui in cæteris judicium teſtatoris agnovit, etiam in hac re agnoſcere debeat. Accedit & hæc ratio, quod teſtator ſubſtituendo heredi inſtituto, dicitur ſubſtituere in omnibus. *l. Julianus.* 15. *ff. de hered. inſt. l. coheredi.* 41. *in princ. ff. de vulg. & pup. ſubſt.*

Sed adverſatur huic regulæ *l. ſub conditione.* 73. *ff. de hered. inſt.* ubi traditur, ſub conditione herede inſtituto, ſi ſubſtituamus, eandem conditionem non cenſeri repetitam in ſubſtitutione, ſed pure ſubſtitutum intelligi. Reſp. Alia eſt voluntas teſtatoris in legato quod ab inſtituto relictum eſt, alia in conditione inſtitutioni adjecta. In legato ea mens eſt teſtatoris, ut omnino perveniat ad legatarium: itaque ſic perveniet, ſi quod ab inſtituto legatum eſt, petatur etiam a ſubſtituto. In conditione autem inſtitutioni adjecta, aut ſolum inſtitutum onerare voluit ea conditione teſtator, aut voluit ſoli ſubſtituto conſultum, quo magis hereditas ad eum deficiente conditione perveniret. Itaque non alium convenit onerari conditione, quam teſtator voluit: multo etiam minus conditionem nocere ei, cui teſtator ea conditione prodeſſe voluit.

Secundo obſtat quod Scævola reſpondet in *l. quidam.* 14. *ff. de jur. codicill.* ubi legatum ab inſtituto datum, qui in vivis non erat tempore teſtamenti, a ſubſtituto ejus repetitum non cenſetur. Reſp. Ea demum legata relicta ab inſtituto, repetita cenſentur a ſubſtituto, quæ ab initio conſtiterunt. Atqui legatum relictum ab

eo herede, qui in vivis non erat tempore codicillorum, nullius eſt momenti, ideoque a ſubſtitutio ejus non debetur.

Tertio repugnat aſſertioni *d. l. licet.* ubi dicitur, ſi evidens fuit voluntas teſtatoris in contrarium, non cenſeri legata ab inſtituto relicta, repetita a ſubſtituto. Reſp. Superiori regulæ locus eſt in dubia & obſcura voluntate teſtatoris: cæterum ubi eſt manifeſta voluntas teſtatoris in contrarium, quod ſcilicet teſtator noluit legata repetere a ſubſtituto, ceſſat hæc regula. Quæ voluntas ex duabus rebus colligitur: prima eſt, ſi teſtator eidem fidicommiſſario, vel legatario aliam rem reliquerit a ſubſtituto, quam ab inſtituto non reliquerat; tunc enim non cenſetur cogitaſſe de repetitione. *d. l. licet.* Secunda eſt, ſi fideicommiſſarium ipſum, cui ab idſtituto reliquerat legatum vel fideicommiſſum, ex parte ſubſtituerit heredi inſtituto, quia tunc alterutro contentus eſſe debet, vel legato, vel ſubſtitutione. *d. l. licet.* Eleganter de hac quæſtione differit *Donell. lib.* 8. *comm. cap.* 29.

Quarto opponitur *l. ſi plures.* 98. *ff. de legat.* 3. cujus hæc ſunt verba: *Si plures gradus ſint heredum, & ſcriptum ſit, Heres meus dato, ad omnes gradus hic ſermo pertinet. ſicuti hac verba: Quiſquis mihi heres erit. Itaque ſi quis velit non omnes heredes legatorum praſtatione onerare, ſed aliquos ex his, nominatim damnare debet.* Ex quibus poſtremis verbis colligitur, quod ſi ab inſtituto legatum ſit relictum nominatim, non videri repetitum a ſubſtituto. Reſp. Illa lex diſponit de pluribus inſtitutis qui eodem gradu ſunt, quod non tenetur alter ſcilicet coheres, qui non eſt gravatus, cum gravatus adierit. Ita reſpondit *Comenſ. in d. l. licet. col. pen. verſ. ad l. ſi plures.*

Quinto objicitur textus in *l. pater meus.* 29. §. *quod alicujus.* 1. *ff. de leg.* 2. ubi diciditur, *quod quis fidei heredis nominatim committit, ita demum videtur dari voluiſſe, ſi ille extitiſſet heres.* Reſp. Ille textus loquitur de coherede, qui venit per jus accreſcendi, nos vero de ſubſtituto. *Alciat. de praſumtion. reg.* 2. *praſumt.* 35. *num.* 4.

Sexto adverſatur *l. querebatur.* 19. §. *ult. ff. de milit. teſtam.* ubi traditur, quod quando ſubſtitutio eſt directa militaris, legatum relictum ab inſtituto, non cenſetur relictum a ſubſtituto. Reſp. Hoc ſpecialiter receptum eſt in teſtamento militis. Rationem vide apud *Menoch. de praſumt. lib.* 4. *præſumt.* 108. *num.* 53. & ſeqq. Aliter reſpondent *Coraſ. in rubr. C. de impub. & aliis ſubſtit. num.* 9. *verſ. aliam autem. Duarenus in tit. de militari teſtam. ap. penult.* Approbat hanc deciſionem *Fachinaus libro* 5. *controverſ. juris cap.* 39.

Aſſer-

ASSERTIO XXX.

Legata & fideicommiſſa in teſtamento non ſolenni relicta, ne quidem naturaliter debentur.

VErior eſt ſententia, legata & fideicommiſſa in teſtamento minus ſolenni relicta, nullo jure, & ne quidem naturaliter deberi; quæ probatur hiſce ſequentibus argumentis. Primum ſumitur a cauſa obligationis. Ceſſante cauſa ceſſat effectus. Atqui cauſa cur debeantur legata, eſt aditio hereditas. *l.* 3. §. *ult.* & *l.* 4. *ff. ex quib. cauſ. in poſſ. eat.* Cum igitur ex teſtamento imperfecto non adeatur hereditas, conſequens eſt, nec legata deberi. Pro regula enim traditum eſt, herede non adeunte hereditatem, nihil valere quod in teſtamentum eſt. *l. ſi nemo.* 9. *ff. de teſtam. tutel. l. ſi nemo.* 181. *ff. de R. J.* Secundum argumentum a ſimili depromitur. Ut enim ex ſtipulatione non recte facta non oritur obligatio naturalis. *l.* 1. §. *ſi quis ita.* 2. *ff. de V. O. l.* 1. §. *eum qui.* 4. *ff. de conſt. pec.* ita etiam non oritur ex teſtamento non recte facto. Tertium argumentum ducitur ab effectu: nam hæc legata ſoluta repetuntur per conditionem indebiti. *l. fideicommiſſum.* 7. *C. de condict. indeb. l.* 2. §. 1. *ff. eodem.* Ergo non debentur naturaliter, alioqui naturalis obligatio impediret repetitionem ſoluti. *l. naturaliter.* 13. *ff. de condict. indeb.*

Contrariam ſententiam, quod ſcilicet naturaliter debeantur legata ex teſtamento minus ſolenni, tuetur *Accurſ. in l.* 4. *C. de jur. & fact. ign.* eamque probat hoc argumento. Ex teſtamento ſolenni oritur naturalis & civilis obligatio: ſimul igitur ex teſtamento non ſolenni oritur naturalis obligatio tantum. Reſp. Non valet conſequentia; nam ex teſtamento non ſolenni & imperfecto nulla oritur obligatio. Nec magis valet argumentatio Accurſii, quam ſi quis ita argueret. Ex vero teſtamento oritur naturalis & civilis obligatio ſimul. Ergo ex falſo teſtamento oritur naturalis obligatio tantum.

Secundo objicitur *l.* 2. *C. de fideicomm.* ubi dicitur, fideicommiſſum inutiliter relictum, non repeti ab eo qui ſolvit, per conditionem indebiti, quia non ex ſola ſcriptura, ſed ex conſcientia fideicommiſſi relicti videtur heres ſatisfeciſſe voluntati teſtatoris. Hinc ergo apparet naturaliter deberi, quia niſi naturaliter deberetur, poſſet repeti. Reſp. Fideicommiſſum in ſpecie illius legis ideo non poteſt repeti, quia ſolutum fuit ab herede ſciente, non per errorem: *Cujus autem per errorem ſoluti repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt. l. cujus.* 53. *ff. de R. J. l.* 1. *ff. de cond. indeb.*

Tertio opponitur *l. in teſtamento.* 38. *ff. de fideicom. libert.* ubi teſtator alumnæ ſuæ libertatem reliquit, & fideicommiſſa dedit in

teſtamento imperfecto, filii vero ſuccedentes ab inteſtato manumiſerunt alumnam, Imperator pronunciavit, eam recte manumiſſam, & fideicommiſſa quoque ab inteſtato ei deberi. Reſp. Hoc ſpeciale eſt in alumna, ut ipſa verba legis oſtendunt: pium enim & favoris plenum eſt legatum, partim favore libertatis, partim in gratiam alimentorum relictum, quæ piæ ſunt & favorabiles cauſæ.

Quarto quod legatum & fideicommiſſum teſtamento minus ſolenni relictum, debeatur naturaliter, videtur confirmari ex *l. ult. ff. de rebus eor. qui ſub tut. &c.* ubi voluntas teſtatoris efficax eſt, licet in teſtamento irrito & inutili eſt expreſſa. Reſp. Ea voluntas non inducit obligationem: ideo autem ſortitur effectum, quia tutor eam voluntatem ſecutus ſponte prædia pupillaria vendiderat. Ergo recte diſtraxit, quia Principis oratione cavetur, ut diſtrahi poſſint ſecundum voluntatem patris, neque requirit oratio, ut ea voluntas ſit in teſtamento ſolenni expreſſa. *l. 1. §. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tutel. &c.* Quocunque igitur modo de ea voluntate conſtet, venditio ſuſtinebitur. Verior itaque & probabilior eſt ſententia, legata & fideicommiſſa in minus ſolenni vel imperfecto teſtamento relicta, nullo jure deberi. Attamen legata in teſtamento imperfecto & non ſolenni relicta, in foro conſcientiæ & animæ, (ut loquuntur) eſſe præſtanda & implenda late probat *Fachineus libro quarto controverſ. juris, cap. 5.*

ASSERTIO XXXI.

Clauſula hæc, Si non ſequar juris ſolennitatem &c. *non inducit fideicommiſſum.*

SI teſtator adſcripſit teſtamento ſuo, ſe nolle ſecundum nimiam & miſeram vel ſcrupuloſam diligentiam teſtari, ſed potius animi ſui rationem ſequi, quam juris ſolennitatis, & id teſtamentum aliquo modo propter omiſſas ſolemnitates irritum fiat, quæri ſolet ab interpretibus, num valeat, ſaltem jure codicillorum, hæc diſpoſitio. Et communiter a DD. receptum eſt valere, teſte *Ripa ad l. 3. ff. de leg. 1. num. 24.* Sed contraria ſententia tanquam verior ſequenda eſt, & pro certo ſtatuendum eſt, quod quoties quis teſtamentum facere inſtituit, pro codicillis hanc diſpoſitionem non eſſe habendam, niſi id nominatim teſtator expreſſerit. Quod manifeſte probant *l. coheredi. 41. §. quid ſi heredem. 3.* verſ. *qua ita locum. ff. de vulgar. & pupil. ſubſt. l. ex teſtamento. 29. C. de fideicommiſſ. l. 3.* verſ. *quemadmodum. ff. de milit. teſt.* quæ leges unanimi conſenſu ſtatuunt, tunc demum teſtamentum valere codicillorum jure, quando teſtator adjecit clauſulam codicillarem, hoc ſcilicet modo: *Si teſtamentum non valet jure ſolennis teſtamenti, valeat*

leat ſaltem jure codicillorum. Nec refert, quod teſtator noluit juris ſolennitates in teſtamentis ordinandis requiſitas ſequi. Si quidem *nemo poteſt cavere, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant. l. nemo poteſt.* 15. *ff. de leg.* 1. Quinimo & legibus teſtamentorum Imp. qui mundi dominus eſt, ſe obſtrictum fatetur, & hereditatem ſe non poſſe ex teſtamento imperfecto vindicare, ipſi Impp. reſcripſerunt, addita hac eleganti ſententia, quod *nihil tam proprium ſit imperii, quam legibus vivere. l.* 3. *C. de teſtam. l. ex imperfecto.* 23. *ff. de leg.* 3.

Sed objicitur huic deciſioni Scævolæ reſponſum in *l. Lucius.* 88. §. *ult. ff. de leg.* 2. ubi traditur, quod ſi quis ita in teſtamento ſcripſit: *Si quid minus legitime vel perite fecero, pro jure legitimo haberi debet ſani hominis voluntas,* quod propter hanc clauſulam, adjectam, relicta fideicommiſſa ab inteſtato debeantur. Reſp. Ideo ſuſtinetur ibi iſta diſpoſitio in vim codicillorum, quia teſtator eos, ad quos hereditas ſua ab inteſtato perventura eſſet, rogaverat, & conſequenter clauſulam codicillarem teſtamento adjecerat. Quod enim dixit, *ſi quid minus perite ſit factum, pro jure legitimo haberi debet ſani hominis voluntas,* ita intelligi debet, ut ſi teſtamentum quod teſtator facere deſtinavit, ob defectum alicujus ſolennitatis corruat, tunc ultima voluntas ejus valeat ex cauſa inteſtati. Nam juris legitimi appellatione, ſucceſſio quæ ab inteſtato defertur, deſignatur. *l. ſi aut nullum.* 4. *l. lege duodecim.* 14. & §. *cum aliam.* & §. *ſeq. l. ult.* in princ. & §. *cum igitur. C. de leg. hered. l.* 2. *ff. de ſuis & legit. hered.*

ASSERTIO XXXII.

In legatis poſterior voluntas potior eſt priore.

Sicut in legibus & conſtitutionibus Principum poſteriores ſemper prævalent prioribus. *l. ult. ff. de conſt. Princ.* & quemadmodum pacta noviſſima derogant prioribus. *l. pacta.* 12. *C. de pact.* ita in legatis quoque pro regula ſervatur, quod poſteriores ſcripturæ prævaleant, & potiores ſint prioribus. *l. ſi mihi.* 12. §. *ult. ff. de legat.* 1. Idque merito receptum eſt, quia qui poſterius ſcripſit, quod priori contrarium eſt, a priori voluntate receſſiſſe videtur. Licet enim teſtatori, quoad vivit, ſuam extremam mutare voluntatem. *l.* 4. *ff. de adimend. vel transf. legat.* Porro ſciendum eſt, quod prior & poſterior ſcriptura dicatur duobus modis: nam aliquando ſcriptura prior eſt ordine, ſed poſterior eſt intellectu, & e contra, quæ ſcriptura ordine eſt poſterior, prior eſt intellectu. Quoties autem illud accidit, tunc ordo intellectus potius, quam ſcripturæ attenditur. *d. l.* 12. §. *ult. l. ſi ita ſit adſcriptum.* 14. *ff. de leg.* 1. Exempli gratia, ſi ita teſtator ſcripſit in teſtamento: *Si cui bis legavero, ſemel*

mel ei deberi volo, deinde poſtea ei in teſtamento adſcripſit duas quantitates, vel duos fundos, unum tantummodo legatum valet, alterum ademtum cenſetur. *d. l. ſi ita ſit adſcriptum.* 14. *ff. de leg.* 1. Nam etſi ademtio datione ſit prior ordine ſcripturæ præpoſtero inſpectô, natura tamen ſive intellectu eſt poſterior.

Sed huic prædictæ *l.* 14. graviter obſtat *l. ſi quis in principio.* 22. *ff. de leg.* 3. ubi dicitur, ſi quis in principio teſtamenti ita ſcripſerit, *Cui bis legavero, ſemel deberi volo*; & poſtea eodem teſtamento, vel codicillis ſæpius eidem legaverit, plura eſſe legata, & poſteriorem ſcripturam ſervari, non priorem. Reſp. Hoc ideo ibi ita ſtatutum eſt, quia ut ſubjicitur in *d. l. ſi quis.* teſtator adjecit ſpecialiter in teſtamento, *ſe prioris voluntatis pœnituiſſe, & voluiſſe, ut legatarius plura legata acciperet.* Hæc dicitur clauſula derogatoria, quia derogatur priori voluntati, efficiturque, ut poſterior ſcriptura ſervetur, non prior. Ratio decidendi eſt, quia nemo poteſt ſibi ipſi eam legem dicere, ut a priori voluntate ei recedere non liceat, nemoque poteſt ſuam ipſius ligare voluntatem. *l. quod autem.* 7. §. *penult. ff. de donat. int. vir. & ux. l. Divi.* 6. §. *licet.* 2. *ff. de jur. codicil.* Pulchre *Cujac. lib.* 14. *obſ. c.* 7.

ASSERTIO XXXIII.

Teſtator Trebellianicæ deductionem prohibere non poteſt.

NObilis eſt quæſtio, an poſſit a teſtatore Trebellianica prohiberi. Et verior eſt probabiliorque ſententia, Trebellianicam non poſſe teſtatoris prohibitione auferri. Quæ ſententia expreſſis textibus probatur, ſcilicet per §. *ſed quia ſtipulationes.* 7. *inſt. de fideicomm. hered.* ubi ſtatuitur, *ſive heres habeat quartam Trebellianicam ex voluntate teſtatoris, ſive minus, ſive penitus nihil, ut tunc, quando nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei quartam vel id quod quartæ deeſt, ex SC. Trebelliano retinere.* Eadem deciſio confirmatur per *l. ſi ut allegas.* 11. *C. ad l. Falc.* ubi ſtatuitur, ſi pater filium heredem inſtituit, & juſſit eum fratribus hereditatem reſtituere, certiſque rebus pro Trebellianica eſſe contentum, quod non obſtante iſta diſpoſitione teſtatoris, poſſit nihilominus integram Trebellianicam retinere

Verum in contrarium adfertur *nov.* 1. *c.* 2. §. *ſi vero non.* 2. *verſ. ſi vero expreſſim.* ubi ſtatuit Imp. prohiberi poſſe a teſtatore Falcidiam. Ergo & Trebellianica prohiberi poterit. Nam Falcidia & Trebellianica æquiparantur, & paribus paſſibus ambulant. *l. Marcellus.* 3. §. *quod autem.* 1. *ff. ad SC. Trebell.* imo ad exemplum legis Falcidiæ Trebellianica detractio eſt inducta. *l. pater filiam.* 14. *ff. ad l. Falcid. l. jubemus.* 6. *C. ad SC. Trebell.* Denique eadem videtur ratio ſubeſſe in Trebellianica, quæ eſt in Falcidia, ſcilicet ut heredes

redes hoc lucro & commodo allecti hereditatem adire non recuſent, & ſic defuncti voluntas exitum ſortiatur. Reſp. Non obſtantibus iſtis rationibus contraria ſententia eſt verior, quandoquidem legiſlator non ignarus, quid commune ſit Trebellianicæ cum Falcidia, Falcidiam prohiberi poſſe conſtituit, de Trebellianica vero nihil adjecit in *d. nov.* 1. Adhæc ante hanc novellam certum fuit Trebellianicam prohiberi non potuiſſe, quia nemo facere poteſt, quin leges in ſuo teſtamento locum habeant. *l. nemo poteſt.* 55. *ff. de leg.* 1. & ſatis id luculenter probant *d. l. ſi ut allegas. C. ad l. Falc.* & *d. §. ſed quia heredes. inſt. de fideicomm. hered.* Sed per dictam novellam contrarium non eſt conſtitutum. Ergo manet jus antiquum incorrectum, ut a teſtatore nequaquam prohiberi poſſit detractio quartæ Trebellianicæ. Ad argumentum vero objectum, quod ſcilicet magna ſit affinitas & ſimilitudo Falcidiæ & Trebellianicæ, reſpondetur, quod licet hoc ita ſit, non ideo tamen ſi in uno ſimili corrigitur jus antiquum, ſtatim in alio correctum eſſe cenſetur. Ideoque ut maxime in plurimis conveniant Falcidia & Trebellianica, tamen ſtandum eſt juri antiquo, donec expreſſe ſublatum ſit, nec per ullam conſequentiam, aut tacitam interpretationem licet nobis illud corrigere aut emendare. Adhæc perſpicua ratio diverſitatis militat in hoc caſu inter Falcidiam & Trebellianicam. Nam Trebellianicæ detractio competit heredi gravato reſtituere hereditatem per fideicommiſſum, quia invitus cogi poterat a fideicommiſſario adire & reſtituere hereditatem. *l.* 4. *ff. ad SC. Trebell.* Falcidiæ autem beneficium datur heredi gravato ad legata præſtanda, qui quidem invitus cogi non poterat a legatariis ad adeundam hereditatem. *l. ſi quis omiſſa.* 17. *ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. ab inteſt. &c.* Ideoque cum heres fideicommiſſo gravatus hereditatem reſtituere, in eo ſit deterioris conditionis, quam heres oneratus legatis, quod ſcilicet cogi poſſit a fideicommiſſario ad adeundam & reſtituendam hereditatem, merito pro compenſatione talis incommodi hoc lucro dignus cenſetur, ut Trebellianica privari non poſſit a teſtatore, licet heres oneratus legatis Falcidia privari poſſit. Hanc ſententiam, quod teſtamento Trebellianica prohiberi non poſſit, defendunt & amplectuntur *Fachin. lib.* 5. *controv. jur. cap.* 4. & 5. *Vaudus lib.* 2. *quæſt. cap.* 17. Diſſentiunt communiter *DD. in auth. ſed cum teſtator. C. ad l. Falcidiam.* longa ſerie congeſti ab *Antonio Gabriel. in lib.* 4. *concluſ. tit. ad Trebellian. concluſ.* 1. *num.* 2. qui teſtatur hanc eſſe communem, & ita judicatum fuiſſe refert *Joan. Papon. in ſuo Recueil. tit. de ſubſtitution. arreſt.* 19. Declaratur hæc communis opinio, quod locum non habeat in liberis primi gradus. *l. ſi ut allegas.* 11. *C. ad l. Falc. Guid. Pap. deciſ.* 51. *num.* 1. & *conſ.* 122. ubi inquit, in judicando & conſulendo ab hac declaratione non eſſe recedendum. Sequitur

&

& approbat *Andr. Gail lib. 2. obſervat. cap.* 138. Diſſentit *Menoch. de præſumt. lib.* 4. *præſumt.* 198. *num.* 5.

ASSERTIO XXXIV.

Sumtus ſtudiorum a filio poſt mortem patris facti, de ſuis propriis bonis, non ex communi hereditate ſolvi debent.

PRobatur hæc aſſertio per *l. ſi filia.* 20. §. *idem ſcribit.* 6. *ff. fam. erciſc.* ubi traditur, quod ſi filius poſt mortem patris munera aliqua ſuſcepit, & æs alienum eo nomine contraxit, ab his oneribus coheredes ſive fratres ejus & ſorores, liberi & immunes eſſe debeant. Idem confirmatur per *l. ex parte.* 39. §. *filius.* 3. *ff. eod.* ubi deciditur, quod ſi filius debita quædam poſt mortem patris contraxit, fratri ſuo pro parte hereditaria ea reputare non poteſt, licet paternam hereditatem communem poſſideant. Denique hæc ſententia ſtabilitur per *l. Lucius.* 21. §. *idem reſpondet.* 2. *ff. ad municip.* & *l.* 3. §. *ult. ff. de munerib. & honorib.* ubi ſtatuitur, quod ſi filius poſt mortem patris honores vel munera aliqua ſuſcepit, puta ſi doctoratus inſignia conſecutus eſt, vel ſenator aut decurio factus eſt, hos ſumtus in hanc dignitatem conſequendam factos non de communi patrimonio, ſed de propriis ſuis bonis ſuſtinere debet, licet pater vivus pro altero filio hæc onera expedierit.

In contrarium facit *d. l. ſi filia.* 20. §. *idem ſcribit.* 6. *ff. fam. erciſc.* ubi ſtatuitur, quod ſi pater pro filio in vita ejus incepit aliquod munus ſuſcipere, quod hoc poſt mortem patris perfici debet ex communibus bonis, ac ſi hoc patris æs alienum fuerit. Secundo adducitur in contrariam partem *l. heres ſocii.* 40. *ff. pro ſoc.* ubi traditur, quod heres ſocii, quamvis ſocius non ſit, tamen debet negotia per defunctum inchoata perficere & abſolvere. *Reſp.* Eatenus tenentur heredes negotium a patre inceptum continuare & finire, quatenus ipſe pater ad hoc erat de neceſſitate obligatus. Sed pater non tenebatur in vita ſua ad hoc, ut ad finem & conſummationem uſque ſtudiorum filio ſuo ſuppeditaret ſumtus. Ergo nec heredes patris ad hoc de jure obligati cenſentur, quia heres debet ejuſdem eſſe conditionis, cujus fuerat defunctus. *l. heredem.* 59. *ff. de R. J.* Hæc ſolutio confirmatur evidenter per *l. etſi filium.* 15. *ff. de mun. & honor.* ubi traditur, quod ſi pater conſenſit in vita ſua filio in decurionatu conſequendo, ſumptuſque ad hoc munus ſuſtinendum filio ſuppeditavit, quamvis decurionatus ſit initium ad alias dignitates. *l. honores.* 7. §. *is qui.* 2. *ff. de decur.* tamen heredes & ſucceſſores patris non tenentur ad onera ſuſtinenda aliorum munerum ſeu dignitatum, quæ filio poſt mortem patris injungentur. Accedit pro confirmatione hujus ſententiæ & hæc ratio, quod æquum

æquum eſt eum ſuſtinere onera & incommoda, ad quem lucra & commoda perveniunt. At vero cum emolumenta & lucra ſtudiorum ratione quæſita, puta ex munere doctoræ vel advocationis ipſius filii commodo cedant, neque ea fratribus ſuis communicare cogatur, æquum etiam eſt, ut ipſe ſolus pro patrimonii ſui portione ſumtus ſtudiorum ſuſtineat.

Secundo obſtat *l. unic. C. de peric. ſucceſſ. parent.* ubi onus dignitatis quæſitæ per patrem tranſit ad heredes. Reſp. Hoc ideo diſpoſitum eſt, quia vivo patre filius accipit honores. Hanc ſententiam, quod ſumtus poſt mortem patris ad perficiendum ſtudium a filio impenſi, pertineant ad onus ipſius filii, non vero coheredum, tuentur & approbant *Bart.* lucerna veritatis *ad l. 1. §. nec caſtrenſe. ff. de collat. num. ult. Sichar l. ad l. famil. ercíſc. C. fam. ercíſc. Sneidew. ad §. quadam actiones. inſt. de act. num. 54. Vital. in tractat. de collat. quæſt.* 37. A quibus ſolus diſſentit *Dynus ad l. Lucius. 21. §. 2. ff. ad municip.*

ASSERTIO XXXV.

Habitationis facultas alicui donatione conceſſa, morte donatoris finitur.

PRobatur hæc deciſio manifeſte in *l. Lucius.* 32. *ff. de donat.* ubi traditur, quod mortuo eo, qui gratuitam habitationem domus vel cœnaculi alicui conceſſit vel donavit, poſſint heredes donatoris, donatarium a conceſſa habitatione prohibere. Quæ deciſio adeo vera eſt, ut, etiamſi adjectum ſit in donatione, ut donatarius quamdiu vellet domo vel hoſpitio uteretur, tamen nihilominus poſſint donatoris heredes mortuo donatore eum prohibere: quia hæc clauſula *quamdiu vellet*, eatenus accipienda eſt, quamdiu donatarius vellet vivo donatore, vel eo mortuo, quamdiu permitent heredes donatoris.

Sed vehementer obſtat dictæ *l. Lucius. l. Aquilius.* 27. *ff. de donat.* ubi expreſſe traditur, quod ſi donator, qui dedit alicui vel conceſſit gratis habitationem alicujus domus, mortuus ſit, non poſſint heredes ejus mortuo donatore donatarium habitatione prohibere. Reſp. Illa lex loquitur & procedit in donatione remuneratoria, quæ largius & benignius interpretanda eſt, quam abſoluta, mera, & ſimplex ſeu propria donatio. Itaque cum in *d. l. Aquilius.* diſcipulus donavit præceptori habitationem remunerationis loco, quia eum doctrina ſua & eloquentia meliorem & doctiorem reddiderat, recte deciditur, hanc donationem tranſire etiam ad heredes donatarii, neque poſſe heredes donatoris prohibere, quo minus donatarius quoad vixerit, donatione fruatur. Donatio, inquam, quam facit diſcipulus præceptori, non eſt ſimplex, ſed remuneratoria donatio, quia doctrina nulla mercede pecuniaria

æſtimari

æſtimari poteſt, &, ut inquit eleganter Plato, *Deo, parentibus, & præceptoribus non poteſt reddi æquivalens.* Quin imo Alexander Macedonum Rex dicebat ſe plus debere præceptori ſuo, quam patri, quia ab illo bene vivendi, ab hoc vivendi tantum principium & originem eſſet conſecutus. Itaque donatio habitationis in aliquem collata, ſi pura, propria & abſoluta ſit donatio, non tranſit ad heredes donatoris. Donatio vero remuneratoria ad heredes donatoris omnino tranſmittitur. Hæc enim remuneratoria potius ſolutionis quam donationis loco cenſetur. *l. ſi pro patre.* 10. §. *ſi domini.* 7. *ff. de in rem verſ.* Imo permutationis vicem hæc donatio repræſentat. *l. ſed etſi lege.* 25. §. *conſuluit.* 11. *ff. de pet. hered.* Ideoque cum a mera propria donatione longiſſime diſtet, tranſit etiam ad heredes donatoris. Eleganter *Cujac. lib. obſ.* 17. *c.* 33. & *lib.* 21. *c.* 37.

ASSERTIO XXXVI.

Donatio non revocatur, etiamſi donatarius inopi donatori non præſtet alimenta.

QUæritur, ſi donator in aliquem contulerit omnia ſua bona, vel maximam partem bonorum, & deinde ad paupertatem perveniat, an debeat ali a donatario; & ſi non alatur, an juſte revocari poſſit donatio. Et quidem putat *Accurſ. in l. ult. C. de revoc. donat.* poſſe ob hoc revocari donationem. Verior tamen & juri magis eſt conſentanea contraria ſententia, quod ſcilicet ob denegata donatori alimenta a donatario reſcindi non poſſit donatio. Quæ opinio primo probatur per *l. ult. C. de revoc. donat.* ubi ſancitur, ob quinque tantum cauſas ingratitudinis revocari poſſe donationem, inter quas tamen non recenſetur hæc cauſa denegatorum alimentorum. Deinde ex eo confirmatur hæc deciſio, quod donatarius nulla obligatione adſtringitur ad alendum donatorem. Obligatur quidem donatarius naturaliter ad remunerandum donatorem. *l. ſed etſi.* 25. §. *conſuluit.* 11. *ff. de petit. hered.* ſed non obligatur ad alimenta illi vel ullam rem certam præſtandam. Deinde obligatur illi tantum naturaliter ad remunerandum, ex qua obligatione nulla naſcitur actio. *l. naturales.* 10. *ff. de obligat. & act.*

Pro contraria ſententia, quam tenet *Baldus in d. l. ult. C. de revocand. donat.* quod ſcilicet juſta cauſa revocandæ donationis ſit, ſi donatarius non præſtat donatori alimenta, adfertur *l. decurionibus.* 8. *ff. de decur.* ubi traditur, *decurionibus lapſis facultatibus alimenta de publico decerni permiſſum eſſe, maxime ſi ob munificentiam in patriam patrimonium exhauſerunt.* Reſp. Tribuitur hoc jus tantum decurionibus, ſeu ſenatoribus reip. non tam quia bona

ſua

ſua donarunt patriæ, ſed quia decuriones ſunt: nam etſi nihil donarint patriæ, tamen illis ob inopiam a repub. decernuntur alimenta. Adde quod non dicitur, decurionibus lapſis facultatibus alimenta decerni debere, ſed permiſſum eſſe: quo verbo ſignificatur, poſſe quidem civitatem alimenta decurionibus decernere, ſi velit, ſed non neceſſe habere, ſi nolit. Cui enim permittitur, ut poſſit aliquid facere, hic non neceſſario cogitur. *l. ſæpe.* 8. cum *l. ſeq. ff. de off. præſ.*

Secundo opponitur hoc argumentum. Liberi debent inopes parentes alere. *l. ſi quis a liberis.* 5. *ff. de agnoſc. & alend. lib. &c.* Sed donator omnium bonorum patris loco eſt donatario. Ergo hic donatori tanquam egenti alimenta præſtare debet. Reſp. Per donationem nemo efficitur alicui patris loco, quia pater tantum vel natura efficitur per nuptias, vel jure civili per adoptionem. Sed extraneus donator, etiam per donationem omnium bonorum, non efficitur loco patris.

Tertio hoc modo argumentantur in contrarium. Revocatur donatio ob injuriam non levem a donatario illatam donatori. Sed non levis eſt injuria, ſi donatarius locuples & fruens bonis donatoris, donatorem egenum alere recuſet, ideo quod ad antidora ei eſt obligatus. *d. l. ſed etſi lege.* 25. §. *conſuluit.* 11. *ff de pet. hered.* Ergo & ob denegata donatori alimenta jure poteſt donatio revocari. Reſp. Ob atroces tantum injurias illatas donatori, enumeratas in *l. ult. C. de revocand. donat.* reſcinditur donatio, inter quas non refertur ea, ſi donatarius locuples non præſtet egeno donatori alimenta. Facit quidem contra officium viri boni, imo ingratus & inhumanus eſt donatarius, qui pauperem donatorem in præſtandis alimentis opera & auxilio non ſublevat, ſed tamen jure publico ad hæc præſtanda non cogitur. Nam adverſus eos, qui beneficia acceperunt, nulla jure civili actio eſt prodita, ad quicquam ab iis eo nomine exigendum, uti nec adverſus ingratos ulla eſt actio ingrati conceſſa. Pulchre *Donell. lib.* 14. *comm. c.* 27. Diſſentit *Clarus. lib.* 4. *recept. ſentent.* §. *donatio. quæſt.* 2. ubi notat communem eſſe DD. opinionem, quod revocari poſſit donatio prætextu ingratitudinis, ſi donatarius donatori non præſtiterit alimenta. Idque ex ea ratione, quia cum negans alimenta quodammodo videtur necare, ſequitur, quod hæc legitima ſit cauſa propter quam donatio prætextu ingratitudinis poſſit revocari. per *l. necare.* 4. *ff. de agnoſc. & alend. lib. &c.* Et ita tenuit *gl. in d. l. ult. C. de revoc. donat.* in verb. *voluerit.*

ASSERTIO XXXVII.

Bonæ fidei poſſeſſor non tenetur ad reſtitutionem fructuum conſumtorum, licet ex iis factus ſit locupletior.

BOnæ fidei poſſeſſor fructus conſumtos in judiciis particularibus, ut in rei vindicatione, reſtituere non cogitur, etiamſi ex iis factus eſt locupletior. Quæ ſententia apertis textibus comprobatur, ſcilicet per §. *ſi quis a non domino.* 35. *inſtit. de rerum diviſ.* §. *et ſi in rem.* 2. verſ. *et ſi hereditas. inſt. de off. jud. l.* 4. §. 2. *ff. fin. regund. l. quæſitum.* 40. *ff. de acquir. rer. dom.* Quæ leges unanimi conſenſu docent, bonæ fidei poſſeſſorem lucrari fructus conſumtos pro cultura & cura. Stabilitur etiam hæc doctrina hac ratione, quia ſi bonæ fidei poſſeſſor eo caſu teneretur fructus conſumtos reſtituere, quo factus eſt locupletior, ſequeretur iſtas leges, quæ affirmant eum fructus conſumtos lucrari, tunc demum procedere, cum bonæ fidei poſſeſſor fructus inutiliter conſumſiſſet, quod ſane abſurdum eſſet, cum nemo ſuum præſumatur jactare. *l. cum de indebito.* 25. *ff. de probat.* ideoque non eſt veriſimile, leges ad eum caſum reſpexiſſe, qui raro evenire ſolet.

Adverſatur huic aſſertioni *l.* 1. *C. de pet. hered.* & *l. item veniunt.* 20. §. *eos autem. l. ſed et ſi.* 25. §. *conſuluit.* 11. *ff. eod.* In quibus deciditur bonæ fidei poſſeſſorem in petitione hereditatis, ſi ex fructibus conſumtis locupletior effectus ſit, eorum nomine conveniri poſſe. Reſp. Hoc ſingulare eſt in judiciis univerſalibus, ut in petitione hereditatis, & in actione familiæ erciſcundæ, quod bonæ fidei poſſeſſor etiam fructus conſumtos reſtituat, quatenus ex iis factus ſit locupletior. *d.* §. *conſuluit. l. non eſt ambiguum.* 9. *C. famil. erciſc.* Ratio eſt duplex. Prima quia fructus percepti augent hereditatem tanquam jus univerſale. *l. item veniunt.* 20. §. *item non ſolum.* 3. verſ. *fructus. ff. de petit. hered.* Secunda ratio eſt, quia fructus petuntur jure actionis, perinde atque ipſa corpora hereditaria. d. verſ. *fructus. l.* 1. & 2. *C. de pet. hered.* aliter atque in rei vindicatione, qua conventus bonæ fidei poſſeſſor, non jure actionis, ſed tantum officio judicis fructus extantes reſtituere tenetur. Itaque in conſumptis fructibus repetendis ceſſat omne remedium. *l.* 4. §. *poſt litem.* 2. *ff. fin. reg. Weſemb. ad d.* §. *ſi quis a non domino.*

Secundo in contrarium adfertur argumentum ex æquitate. *l. ſi me & Titium.* 32. *ff. de reb. cred.* ubi dicitur, æquum eſſe, quod ex re mea ad te pervenit, id mihi reſtitui: item ex æquitate, quæ vetat aliquem cum alterius damno locupletari. Reſp. Æquitas tradita in *d. l. ſi me & Titium.* huc non pertinet, quia illa lex docet æquum eſſe, ut pecunia mea, quæ ad te pervenit, mihi reddatur:

hic

hic autem agitur de fructibus,quos bonæ fidei poſſeſſor lucratur pro cultura & cura. Deinde juſta cauſa eſt, cur bonæ fidei poſſeor lucretur fructus cum alterius jactura, quia loco domini pæne eſt. *l. bonæ fidei. 48. ff. de acquir. rer. dom.*

Tertio repugnat *l. item ſi verberatum. 25. §. 1. ff. de rei vind.* ubi dicitur, poſſeſſorem pretium præſtiturum, ſi fructus perceptos diſtraxit. Reſp. Illa lex accipienda eſt de poſſeſſore, qui pendente judicio fructus diſtraxit. Idque ea ratione confirmatur, quia ſi bonæ fidei poſſeſſor ante litem conteſtatam rem & fructus diſtraxiſſet, non poſſet rei vindicatione conveniri, cum nec poſſideat, nec dolo poſſidere deſierit. Hanc ſententiam ſequuntur & approbant *Fachin. lib. 1. controv. jur. c. 58. Faber lib. 4. conject. cap. 17.* Diſſentiunt *Bart. ad l. et ex diverſo. ff. de rei vind. num. 7. Covarr. lib. 1. variar. reſolut. c. 3.*

ASSERTIO XXXVIII.

Traditionibus & uſucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur.

PRo regula juris traditum eſt, quod *traditionibus & uſucapionibus, non nudis pactis & contractibus dominia rerum transferantur.* Quæ regula proponitur in *l. traditionibus. 20. C. de pact. l. quoties, 15. C. de rei vind.* Traditionibus transfertur dominium a domino ex juſta cauſa factis; uſucapionibus, ſi traditiones factæ ſint a non domino. Traditionibus jure gentium, uſucapionibus jure civili. Nudis autem pactis ſeu contractibus, nudave conventione dominium non mutatur. Exempli gratia. Etſi emtio nudo conſenſu perfecta eſt, tamen dominium non mutatur, niſi & res tradita ſit, & pretium ſit numeratum. *§. venditæ. 41. inſt. de rerum diviſ.* Ratio hujus regulæ eſt, quia dominia rerum cœperunt a naturali poſſeſſione. *l. 1. §. 1. ff. de acquir. vel. amitt. poſſ. l. 1. ff. de acq. rer. dom.* Ergo ad tranſlationem dominii opus eſt traditione, id eſt, datione poſſeſſionis.

Opponitur primo huic regulæ *l. ult. §. ult.* & *penult. C. de SS. eccleſ.* ubi traditur, quod ſi quid venditum, donatum, vel promiſſum eſt eccleſiis, & locis ad pauperum alimoniam deſtinatis, puta xenodochiis, orphanotrophiis & aliis ſimilibus locis, quod ſtatim ſolis pactis & contractibus ſine ulla traditione transferatur in ea corpora dominium. Reſp. Speciali & ſingulari jure hoc beneficium eccleſiis & aliis piis locis conceſſum eſt, ut ſtatim in hæc corpora transferatur dominium, ſi quid ex emtione, donatione vel alio contractu ſibi comparaverint, licet nondum illis res ſint traditæ. Unde & pro his rebus venditis & donatis, licet non intervenerit traditio, datur eccleſiis & xenodochiis non ſolum actio in

in perſonam, ſed etiam in rem. Ergo dominium transfertur in hæc pia loca ſine traditione, quia nulla datur in rem actio, niſi illis qui jure civili aut gentium dominium acquiſiverunt. *l. in rem.* 23. *ff. de rei vind.* Hoc ergo ſpeciale privilegium conceditur in *d. l. ult. C. de ſacr. eccl.* eccleſiis & aliis piis locis, puta xenodochiis & orphanotrophiis, quod ipſo jure dominium ſine traditione in eos transferatur. Quod & in eadem lege ad civitates extenditur, ut & in rebus per hereditatem relictis, legatis, venditis, & donatis civitatibus, dominium in eas ſine ulla traditione transferatur. textus in *d. l. ult.* in verb. *necnon jure civitatum.* Eccleſia enim, fiſcus & civitates, plerunque paribus paſſibus ambulant, & iiſdem privilegiis fruuntur. *l. reſpublica.* 4. *C. ex quib. cauſ. major. in int. reſt. l. rempublicam.* 3. *C. de jur. reipub. gl. elegans in l. quas actiones. C. de ſacr. eccl.*

Secundo opponitur, quod dominium legati tranſit recta via in legatarium ſine ulla traditione defuncti, aut heredis, vel poſſeſſionis apprehenſione. Sicut & eodem modo acquiritur donatio cauſa mortis donatario, ad exemplum legati. *l. a Titio.* 64. *ff. de furt. l.* 2. *ff. de Pub. in rem act.* Item aditione hereditatis heres fit dominus omnium rerum hereditariarum, licet nondum earum rerum poſſeſſionem ſit nactus. *l. heres in omne.* 37. *ff. de acq. vel omitt. hered. l. cum heredes.* 23. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Reſp. Prædicta regula intelligenda eſt de actibus & contractibus inter vivos celebratis: in his non transfertur dominium abſque traditione. Quod ex eo ſatis conſtat, quia cum dicatur, dominia non transferri nudis pactis, apparet de actibus inter vivos ſenſiſſe Imperatores. Itaque quoties agitur de dominio inter vivos transferendo, hoc non aliter fit, quam traditionibus & uſucapionibus. Atqui ex ultimis morientium voluntatibus, ut puta teſtamentis & ſucceſſionibus ab inteſtato, transferuntur dominia etiam abſque traditione, videlicet per aditionem hereditatis, & legati agnitionem.

Tertio opponitur, quod ex pacto legis commiſſoriæ, quo paciſcitur venditor, ut niſi intra certum tempus pretium ſolvatur, fundus ſit inemtus, detur venditori exiſtente conditione rei vindicatio, licet nondum ſit ei traditio facta. *l.* 4. *C. de pact. int. emp. & vend. compoſ.* Idem obtinet in pacto addictionis in diem, quo convenit, ut ſi alius meliorem conditionem offerat intra certum tempus, fundus ſit inemtus. *l. ſi quis hac.* 41. *ff. de rei vind.* Reſp. In his conventionibus non novum dominium acquiritur, ſed vetus quod ante habuerat dominus, retineri fingitur. Nam ea conditione res erat tradita ab initio, ut ſtatim rediret ad dominum conditione exiſtente, ſeu ut res eſſet inempta.

ASSERTIO XXXIX.

Miniſtri eccleſiarum bona propria habere & poſſidere poſſunt.

Miniſtri eccleſiæ poſſunt etiam proprias facultates poſſidere, quia Evangelium approbat etiam politicas ordinationes, quæ omnibus concedunt propria bona. Item cum Chriſtus dicit: *Dignus eſt operarius mercede ſua.* tribuit eis proprietatem bonorum, quia merces eſt cujuſque propria. Unde & ex Hieronymo citatur *c.* 16. *q.* 1. ubi dicitur, quod *Apoſtolicis viris & Evangelizatoribus Chriſti in neceſſariis uſibus nolle tribuere, ſe ipſum condemnare eſt.*

Sed opponitur locus *Luca.* 9. *verſ.* 3. *Non licet vobis poſſidere argentum in zonis.* Reſp. Hoc dictum non tollit uſum aut proprietatem rerum, neque vetat miniſtros proprias facultates tenere, ſed prohibet principaliter in miniſterio quæri aut ſpectari privata commoda, hoc eſt, vetat miniſterium ad quærendas opes aut potentiam comparandam ſuſcipere, vetat miniſterium deſeri propter inopiam. *P. Melanchth. in ethicis.* Licet ergo miniſtris & paſtoribus eccleſiarum proprias opes & facultates poſſidere; nam & ipſe Chriſtus habuit proprios loculos, ex quibus ſuis & ſuorum neceſſitatibus, & aliis indigentibus providebat, *Luca.* 8. *v.* 23. ſed ita voluit Deus facultates & bona propria poſſideri etiam a miniſtris eccleſiæ, dummodo propter ea principaliter non ſerviatur Deo, neve propter inopiæ timorem juſtitia deſeratur. *c. habebat.* 12. *quæſt.* 1. Qui enim Deum non propter Deum quærunt, ſed propter temporalia commoda ſequuntur, mercenarii ſunt, non autem paſtores. *c. ſunt in eccleſia.* 8. *q.* 1.

Secundo obſtat locus *Actor.* 4. *verſ.* 32. ubi dicitur: *Multitudinis eorum qui credebant, erat cor unum & anima una, nec quiſquam aliquid eorum quæ habebat, ſuum eſſe dicebat, ſed erant eis omnia communia.* Concordat *c. dilectiſſimis.* & *c. duo ſunt.* 12. *q.* 1. ubi traditur, quod *clerici victu & veſtitu contenti, nullam inter ſe proprietatem habentes, debent habere omnia communia.* Reſp. Hoc inſtitutum de communione bonorum ineunda & retinenda eos demum obſtringebat, qui ultro propriis divitiis & facultatibus renuntiaverant. Quo caſu cum ultro ſemel ſe adſtrinxerant ad communionem bonorum, neque quid proprium poſſidere decreverant, huic voto & promiſſioni ſervandæ ſerio obligabantur. Alioqui extra illam obligationem licet unicuique etiam miniſtro eccleſiæ proprias facultates legitime poſſidere. Adde quod eo loco Lucas Evangeliſta univerſis non præſcribit legem, quam neceſſe habeant ſequi, dum recitat quid egerint illi in quibus ſingu-

laris quædam ſpiritus ſancti efficacia ſe exeruit, nec ſine exceptione de omnibus loquitur. Proinde ex eo loco non poteſt colligi inter omnes Chriſtianos debere univerſalem omnium bonorum communionem conſtitui, eo quod quidam tantum peculiariter in primitiva eccleſia bona ſua vendebant, & in commune poſſidebant. Verum licet ex miniſterio Evangelii vitæ neceſſaria accipere debeant miniſtri; tamen non debet hic præcipuus eſſe ſcopus miniſtrorum, ut acquirant opes & divitias ex prædicatione Evangelii, ſed debent eſſe contenti neceſſariis vitæ alimentis, juxta illud Hieronymi: *Quicquid præter neceſſarium victum, ac ſimplicem amictum retines de altari, tuum non eſt, rapina eſt, ſacrilegium eſt.* Item: *Clerici qui bonis parentum ſuſtentari poſſunt, ſi quod pauperum eſt, accipiunt, ſacrilegium committunt, & per abuſum ejuſmodi, judicium ſibi manducant & bibunt.* Ita refertur in *c. clericos, 1.* & *2. quaſt.*

ASSERTIO XL.

Alvei mutatio transfert dominium, ſed ſola inundatio dominium agri non mutat.

SI flumen agrum alicujus ita occupaverit, ut ex eo fecerit alveum, prior dominus amittit fundi ſui dominium, & ager ille a flumine in alvei formam redactus, incipit ejuſdem juris eſſe, cujus eſt flumen, id eſt, publicus. §. *quod ſi naturali. 23. inſt. de rer. diviſ.* Ideo autem alvei mutatio, hoc eſt, cum flumen ex agro alicujus fac't alveum, aufert & mutat dominium, quia non poteſt amplius dici idem ager, eo quod mutatur prioris agri forma. Ideoque ſi flumen hunc alveum, quem fecerat occupatione agri alicujus privati, iterum deſerat & redeat ad priorem alveum, ager qui ab alveo occupatus erat, non redit ad priorem dominium, ſed eorum incipit eſſe, qui prope ripam ejus prædia poſſident. *d.* §. *quod ſi naturali.*

Sed huic §. graviter refragatur Cajus in *l. adeo. 7.* §. *quod ſi toto. 5. ff. de acq. rer. dom.* ubi tradit, ſi agro alicujus occupato flumen poſtea redeat ad priorem alveum, & derelinquat agrum occupatum, tunc ſtricto jure non redit quidem ager ad priorem dominum, quia ager ejus eſſe deſiit amiſſa forma, ſed tamen JC. ait, vix eſſe ut id obtineat. Ergo vult JC. quod per alvei mutationem non amittatur prorſus agri dominium, ſed quod alveo a flumine derelicto, redeat ager a flumine ante occupatus ad priorem dominum. Reſp. Cajus ex benigna æquitate, contra ſcrupuloſam juris ſubtilitatem id ſtatuentis, propter privationem prioris formæ, id receptum dicit. Quæ benignitas neglecto ſubtili jure ſervanda eſt, & retinenda, & ſtricto juri præferenda, ut ita domino priori ager

ager ſuus a flumine occupatus iterum reſtituatur. Si flumen enim non totum ejus agrum, ſed partem aliquam occupaſſet, propter vicinitatem alveus ad eundem dominum rediret. Ita eleganter tradit *Baro ad* §.*inſula. inſt. de rer. diviſ.*

Alia eſt cauſa inundationis, ſi ager alicujus totus inundatus ſit, quia illa inundatio, ſicut alvei mutatio, non mutat ſpeciem fundi. Inundatio enim ſola non mutat formam agri, ſed alvei immutatio, dum flumen excavat fundum, atque in aliam formam redigit. Et ob id ſi flumen ab agro, quem inundaverat, receſſerit, fundus ejus manet, cujus & fuerat ante. §. *alia ſane.* 24. *inſt. de rer. diviſ. l.* 7. §. *aliud.* 6. *ff. de acq. rer. dom. l. cum uſumfructum.* 24. *ff. quib. mod. uſufruct. amitt.*

Sed objicitur huic deciſioni *l. quid tamen.* 10. §. *agri.* 2. & *l. ſi ager.* 23. *ff. quib. mod. uſuſfr. amitt.* ubi inundatione maris & fluminis uſuſfructus & proprietas agri inundati amitti dicuntur. Reſp. Quando inundatio longo tempore duravit, & flumen tam diu occupavit agrum, ut formam ejus mutaverit, vel alveum ex agro fecerit, aut agrum in ſtagnum vel paludem transformaverit, tunc dominium & uſusfructus agri extinguitur. At vero ſi flumen impetu aliquo agrum occupavit & mox repentino refluxu iterum recedat, tunc proprietas & uſusfructus agri ejus manet, cujus fuit ante. *Accurſ. in d. l. ſi ager.*

Secundo videtur obſtare *l.* 3. §. *Labeo.* 17. & *l. qui univerſas.* 30. §. *item quod mari.* 3. *ff. de acq. vel amitt. poſſ. l. cum unus.* 12. §. *fin. ff. de reb. auct. jud. poſſ. vel vendend.* ubi traditur, quod per inundationem maris vel fluminis poſſeſſio agri amittitur. Reſp. Amittitur quidem poſſeſſio agri per inundationem, dominium tamen non mutatur, quia poſſeſſio cum proprietate nihil habet commune. *l. naturaliter.* 12. §. *nihil commune.* 1. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Quod tamen ita intelligendum, ut ita demum inundatione amittatur poſſeſſio agri, ſi magna & diuturna ſit inundatio, ita ut ager omnino non videatur, nec coli poſſit. *Caſtrenſ. ad d.* §. *Labeo.* Ex quo ſequitur, quod ſi fundus a flumine occupatus ſit, quem alius cœperat poſſidere & uſucapere, quod per hanc inundationem uſucapio cœpta interrumpatur, quia ſine poſſeſſione eaque continua non procedit uſucapio. At vero per inundationom interrupta eſt poſſeſſio. *d. l. ſi ager. ff. quib. mod. uſufruct. amitt.*

ASSERTIO XLI.

Uſucapio eſt adjectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis a lege definiti

HÆC definitio eſt Modeſtini tradita in *l.* 3. *ff. de uſucap.*

Sed objicitur hoc argumentum. Si per uſucapionem dominium adipiſcimur, dominium ex pluribus cauſis continget. Etenim

nim ex plurimis cauſis uſucapimus, quia ex plurimis cauſis poſſidemus. At dominium nobis ex una cauſa tantum contingere poteſt, non ex pluribus. *l. 3. §. ex pluribus. 4. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Ergo dominium uſucapione non acquiritur. Reſp. Falſum eſt, quod dicitur, ex pluribus cauſis nos uſucapere, licet ex pluribus cauſis poſſideamus. Ut puta ſi rem emi a Titio, & poſtea Titio heres extitiam, eandem rem ex pluribus cauſis poſſideo, pro emptore, & pro herede, ſed tamen ideo ex pluribus cauſis non uſucapio, quia quod meum eſt, amplius meum fieri non poteſt. *§. ſic itaque. 14. inſt. de action.* Uſucapionis cauſa proxima eſt poſſeſſio. Titulus eſt cauſa poſſeſſionis. Itaque plures cauſas & titulos poſſeſſionis habere poſſumus, idque plurimum prodeſt, magnumque habet effectum, quia ſi ex uno titulo poſſeſſionem non probemus, ex altero probare poſſumus. Uſucapionis non niſi unica & proxima eſt cauſa, ſcilicet poſſeſſio, unicuſque tantum titulus eſt dominii.

Secundo opponitur hoc argumentum. Definitio continere debet omnia ſubſtantialia rei definitæ. Sed hæc definitio ea non continet. Ergo eſt vitioſa. Nam ad uſucapionem neceſſarius eſt titulus, & bona fides. *princ. inſt. de uſucap. l. nullo. 24. C. de rei vind.* & tamen eorum non fit mentio in definitione uſucapionis. Reſp. Non eſt neceſſe, ut omnia ſubſtantialia membra rei definitæ expreſſe comprehendantur definitione, ſed ſatis eſt, ſi ea tacite ſubintelligantur. Ad uſucapionem requiritur quidem titulus & bona fides, ſed ea tacite ſub definitione comprehenduntur. Cum enim dicitur in definitione, uſucapionem eſſe adeptionem dominii, per continuationem poſſeſſionis, intelligimus hujuſmodi poſſeſſionem, quæ juſta eſt & legitima, hoc eſt, quæ juſto titulo & bona fide fundata eſt, & munita.

ASSERTIO XLII.

Ad uſucapionem perficiendam titulus eſt neceſſarius.

HÆc enunciatio comprobatur apertis textibus. Primo in *l. unica. C. de uſucap. transform.* in verb. *ut in omnibus juſto titulo poſſeſſoris cœpta detentio non interrumpatur ex poſteriore aliena rei ſcientia.* Secundo idem aſtruitur in *l. ult. C. de præſcript. long. temp.* in verb. *bono initio poſſeſſionem tenentis.* Deinde hoc confirmatur hac evidenti ratione, quod ad complendam uſucapionem requiritur juſta poſſeſſio. *l. 3. ff. de uſucap.* Atqui nulla poſſeſſio juſta cenſetur abſque titulo. Titulus enim nihil aliud eſt quam cauſa poſſidendi, juſtificandæque poſſeſſionis, hoc eſt, qua defenditur cujuſque poſſeſſio ab impugnatione alterius. Dicitur enim *titulus* a *tuendo*, quod factum auctoris ſui defendat ac tueatur. Denique idem comprobatur in *l. nullo. 24. C. de rei vind.* & *l. diuturna. 4.*

C.

C. de præſcript. long. temp. ubi ſtatuitur, quod ſine juſto titulo uſucapio vel præſcriptio longi temporis non procedit.

Opponitur primo *l. quod vulgo.* 11. *ff. pro emptore.* ubi error falſæ cauſæ, ſive titulus putativus ad uſucapionem prodeſt, puta, ſi quis putet ſe emiſſe, cum revera non emerit. Reſp. Non quilibet error ſeu opinio tituli ſufficit ad uſucapionem, ſed tunc demum putativus titulus ad uſucapionem prodeſt, ſi procedat ex juſto & probabili errore, qui ſcilicet procedit ex facto alieno. *l. ult. ff. pro ſuo.* Juſta & magna cauſa erroris debet ſubeſſe in titulo putativo, ut puta in exemplo allegato in *d. l. quod vulgo.* ſi ſervo aut procuratori meo mandavero, ut rem mihi emeret, & ille profectus ad rem emendam, & reverſus eam attulerit, & perſuaſit mihi ſe emiſſe, qui tamen revera non emit, atque ita mihi tradiderit. Nam hic error eſt probabilis, quia non non ſolum ex traditione, ſed etiam ex mandato ſervi aut procuratoris ducitur, & ſic ex facto alieno, qui error juſtus eſt & tolerabilis. *d. l. ult. ff. pro ſuo.* Error vero, qui ex proprio facto procedit, quia injuſtus & non probabilis eſt, ad uſucapionem nunquam prodeſt. *l. Celſus.* 27. *ff. de uſucap. l. quanquam.* 7. *ff. ad SC. Vell.*

Secundo obſtat *l.* 2. *C. de præſcript.* 30 vel 40 *annor.* ubi dicitur ab iis poſſidendi non requiri juſtum initium, qui ſibi poſſident. Reſp. Illa lex agit de præſcriptione 30. annorum, in qua præſcriptione initium juſtum, id eſt, titulus & bona fides, jure civili non requiritur. per *l. ſi liberam.* 10. *C. quod cum eo qui in alien. pot. &c.* Ita decidit *Cujac. in paratit. C. ad tit. de uſucap. transform. in fin.*

Tertio opponitur *l. cogi.* 11. *C. de pet. hered.* ubi traditur, quod nemo cogitur oſtendere titulum ſuæ poſſeſſionis. Reſp. Ad præparationem judicii reus titulum ſeu cauſam poſſeſſionis ſuæ dicere cogitur, ſed ad commodum ſuum & victoriam obtinendam, defendendamque poſſeſſionem tenetur poſſeſſor titulum allegare & probare. *Caſtrenſ. in d. l. cogi.*

ASSERTIO XLIII.

Contra civitatem non currit niſi centum annorum præſcriptio, in rebus hereditariis, item legato, donatione, & venditione civitati acquiſitis

DOnatum eſt hoc privilegium ſpecialiter civitatibus, ut in rebus illis hereditario jure relictis, item in rebus illis venditis, legatis, & donatis habeant tantum centum annorum præſcriptionem, ita ut quoties civitatibus hereditas, vel legatum, vel fideicommiſſum fuerit relictum, ſive donatio vel venditio proceſſerit, ſit eorum pæne perpetua vindicatio, & ad centum annos extendatur. Hæc deciſio hiſce expreſſis verbis tradita extat in *l. ult.*

C. de ſacroſanct. eccleſ. Hoc ergo ſpeciale privilegium conceſſum eſt civitatibus, in his quæ civitatibus privato jure ex prædictis cauſis debentur, ut ſcilicet adverſus ea debita ſola valeat præſcriptio centum annorum. Porro idem privilegium præſcriptionis centenariæ conceditur in eadem *l. ult.* etiam eccleſiis, item iis quæ piis locis, pauperum uſibus, & captivorum redemtioni ſunt relicta.

Sed objicitur *nov.* 111. item *nov.* 131. *c.* 6. ubi abrogata eſt præſcriptio centenaria in rebus eccleſiis & aliis piis locis relictis, ac conſtitutum eſt, ut removeantur XL annorum præſcriptione, poſtquam illis actio adverſus aliquem eſt nata. Ergo videtur etiam præſcriptio centenaria, antea civitatibus data, eſſe abrogata. Reſp. In rebus & actionibus civitatis nihil immutatum legimus. Proinde incumbit civitati ſalvum jus agendi per totos centum annos, in rebus civitatis omnibus, prout hoc jus illi primum datum eſt *d. l. ult. C. de ſacr. eccleſ.* Hæc enim regula perpetuo in jure tenenda eſt, quæ traditur in *l. præcipimus.* 32. §. *ult. C. de appellat. Quicquid lege poſteriore priores innovante ſpecialiter non correctum, id veterum conſtitutionum regulis relictum intelligitur.*

Secundo objicitur tale argumentum. Non debet eſſe major favor civitatis, quam eccleſiæ, ſed par, aut etiam eccleſiæ major. Atqui cum in iis caſibus, in quibus eadem ratio militat, idem jus ſtatuendum ſit. *l. illud.* 32. *ff. ad l. Aquil.* ſequitur etiam, ut ſicut præſcriptio centenaria in eccleſiis abrogata ſit, & ad quadragenariam reducta, idem in civitate obtinere debeat. Reſp. In caſu omiſſo idem jus ſtatui debet, niſi conſtet in eodem caſu diverſum jus prioribus legibus ſtatutum eſſe. Efficitur enim, niſi id ſpecialiter emendatum ſit, id veteribus legibus relinqui oportere. Hanc ſententiam amplectitur *Bart. in auth. quas actiones. C. de ſacr. eccleſ.* Approbat *Alciatus lib.* 2. *de verb. ſignif. num.* 36. *Donell. lib.* 5. *comm. c. ult.* In hanc ſententiam videtur etiam inclinare *Fachin. lib.* 8. *controv. jur. c.* 37. Idem ſentit *Cujac. lib. obſ.* 5. *cap.* 5.

ASSERTIO XLIV.

Res inter alios judicata, aliis nec prodeſt, nec nocet.

QUoties ſententia inter alios prolata eſt, aliis qui non litigarunt, nec prodeſſe nec nocere poteſt. *l.* 1. *ff. de except. rei jud. l. ſæpe.* 63. *ff. de re jud.* tot. *tit. C. res inter alios acta vel jud. al. non nocere.* tot. *tit. C. res jud. non noc.*

Opponitur primo huic aſſertioni *l. poſthumus.* 6. §. 1. *ff. de inoff. teſt.* ubi traditur, quod ſi ii egerunt querela inofficioſi, qui ad ſucceſſionem ab inteſtato non admittebantur, & caſu vicerint, nemine eos repellente, victoria ipſis non prodeſt, ſed aliis ſuccedentibus ab inteſtato. Reſp. Querela inofficioſi id efficit, ut teſtamen-

tum

tum a judice reſcindatur, quo reſciſſo, heredes proximi ab inteſtato ſuccedunt, non vigore ſententiæ, ſed ex diſpoſitione legis; qua cavetur, quod ubi teſtamentum irritum, ruptum vel injuſtum pronuntiatum eſt, quod tunc ſucceſſioni ab inteſtato locus ſit.

Secundo adverſatur *l. Papinianus.* 8. §. *penult. ff. de inoff. teſt.* & *l.* 3. in princ. *ff. de pign.* ubi ſtatuitur, quod ſi in querela inofficioſi teſtamenti pro herede legitimo contra heredem ſcriptum pronuntiatum ſit, quod hæc ſententia noceat legatis & libertatibus, Ita ut legatarii non poſſint ſua legata ex eo teſtamento conſequi. Reſp. Hoc ideo receptum eſt, quia, ubi teſtamentum corruit, utpote quia irritum aut inofficioſum pronuntiatum eſt, vel quia nemo heres ex eo teſtamento hereditatem adiit, tunc nihil ex eo teſtamento debetur, nec libertates, nec legata. *d.* §. *penult.* Sed huic ſolutioni iterum refragatur *l.* 1. *ff. de except. rei jud.* ubi contra teſtamentum fuerat judicatum, & nihilo minus legata & libertates recte peti poſſunt. Reſp. Sub diſtinctione. Aut is egit & obtinuit contra teſtamentum, cujus potiſſimum intereſt, ut puta heres ab inteſtato egit querela inofficioſi, & teſtamentum irritum & inofficioſum declaratum eſt, hæc ſententia nocet legatariis. *d. l. Papinianus.* §. *penult.* Aut egit is cujus principaliter non intereſt, puta legatarius, & ſuperatus fuit, & tunc ſententia ejus aliis legatariis non nocet. *l.* 1. *ff. de except. rei. jud.* Ratio eſt, quia teſtamentum non pendet a legatis, proinde contra unum legatarium lata ſententia, neque heredi ſcripto neque aliis legatariis nocet. Contra quia inſtitutio heredis eſt caput & fundamentum totius teſtamenti, & ab eo pendent omnia, quæ in teſtamento diſpoſita ſunt, ſequitur, ut ſi heres ſcriptus egit petitione hereditatis ſuper hereditate ſibi teſtamento relicta, & ſuperatus eſt, quod ſententia hæc reliquis etiam ex teſtamento agentibus, puta legatariis, nocet. Ita *d. l. Papinianus.* §. *penult. ff. de inoff. teſt.* cum *l.* 1. *ff. de except. rei jud.* conciliat *Caſtrenſ. ad l.* 2. *C. de fideinſtr. Cujac. obſ.* 2. *c.* 7. *Pac. cent.* 3. *antin. quæſt.* 32.

ASSERTIO XLV.

Judex certæ rei vel pecuniæ ſententiam ferre debet, etiamſi de incerta quantitate ſit actum.

AD judicis officium pertinet, ut certæ rei vel quantitatis ſententiam ferat, licet de litis æſtimatione, aut alioqui de incerta quantitate, vel re, apud eum ſit actum. textus eſt expreſſus in §. *curare.* 32. *inſtit. de action. l. unic. C. de ſent. quæ pro eo quod inteteſt profer.* Hinc judex fruſtra & inutiliter ita ponuntiat: *Omnem debiti quantitatem cum uſuris competentibus ſolve.* vel hoc modo: *Quæ*

Quæ bona fide accepiſti, ſolve, niſi forte aliqua parte actorum certa quantitas ſit comprehenſa. *l. penult.* & *ult. C. de ſent. quæ ſine cert. quant. profer. l. in ſententiis. 59. ff. de re jud.*

Verum huic deciſioni primo adverſatur *l. ſi jactum. 12. ff. de act. empt.* ubi Celſus reſpondet, *ſi jactum retis quis emit, & piſcator rete jactare noluit, incertum ejus rei eſſe æſtimandum.* Ibi deciditur, quod quando venditor capturæ ſeu jactus retis, non vult jactare rete, tunc judicem debere incertum jactus ſeu capturæ retis æſtimare. At quomodo poteſt judex id æſtimare, quod non extat in rerum natura, cum non entis nullæ ſint qualitates, nulla accidentia, nullæ demonſtrationes? Reſp. ex ſententia Accurſii, quod judex æſtimabit, quantum veriſimiliter capi potuit; quod colligetur ex conſuetudine piſcatorum, qui ibi conſueverunt piſcari. Sed iterum cum *d. l. ſi jactum.* graviter pugnat *l. quemadmodum. 29. §. item Labeo. 3. ff. ad l. Aquil.* ubi deciditur, ſi culpa nautarum retia alicujus piſcatoris rupta ſint, teneri quidem nautas ad damnum retium, ſed tamen piſcium qui ideo capti non ſunt, non fieri æſtimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Reſp. Ideo in in actione legis Aquiliæ non habetur ratio incertæ capturæ piſcium, quia in lege Aquilia tantum habetur ratio damni præteriti, non vero futuri. At in emtione jactus retis contrahentes ſenſerunt de futura captura. Ergo hoc caſu merito initur æſtimatio piſcium, qui veriſimiliter poſſunt capi. Ita reſpondent *Accurſ.* & *Bart. in d. l. ſi jactum.*

Secundo in contrarium ita quis poteſt argumentari. Sententia debet eſſe conformis libello. *l. ut fundus. 18. ff. commun. divid. l. ult. C. de fideicomm. libert.* At ſi ex incerta petitione vel incerto libello certa debeat ferri ſententia, jam ſequetur, quod ſententia judicis non ſit conformis libello. Reſp. Propter certitudinem ſententiæ dici non poteſt, quod ſententia non ſit conformis libello: nam certum & incertum ſunt qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & ſententiam. Hinc eleganter notat *Baldus in l. 1. C. ſi plur. una ſentent. condemnat. ſint.* quem ſequitur *Praſ. Everhard. in loco a libello ad ſententiam. num. 2.* quod *ſufficit, ſi ſententia conformis ſit libello in re petita, cauſa, & actione. In re petita*, ut puta quod judex de alia re non pronuntiat, quam quæ in libello eſt petita. *In cauſa petendi*, quod judex aliam cauſam non proferat in ſententia, quam eam, quæ ab actore in libello eſt propoſita. Unde ſi actor petat ex cauſa depoſiti, judex non poterit pronuntiare ex cauſa mutui. Denique judex ſequitur *naturam actionis*, quam actor inſtituit, ut ſecundum eam reum condemnet vel abſolvat. Ita eleganter tradit *Zaſius ad §. curare. inſt. de action. num.* 16. & 17.

Asser-

ASSERTIO XLVI.

Confeſſus in judicio pro judicato habetur.

TRaditur hoc axioma, & pro regula proponitur in *l. 1. ff. de confeſſ. l. unic. C. eod. l. proinde. 25. §. ult. ff. ad l. Aquil. l. poſt rem. 56. ff. de re jud.* ubi hæc enunciatio expreſſis verbis refertur, quod ſcilicet *confeſſi in jure pro judicatis habentur*, addita hac ratione, *quia ſe ipſos quaſi proprio ore condemnaverunt.*

Sed obſtat *tit. C. ne quis in ſua cauſa jud. &c.* ubi ſtatuitur, quod nemo poteſt in propria cauſa judicare, & ſic nec ſeſe damnare. Reſp. Quod confeſſus improprie dicatur condemnatus, ſed quod perinde habeatur, ac ſi eſſet condemnatus. Sic in *l. ult. C. de fideicomm.* ſtatur heredis juramento, quia ipſe ſibi quodammodo judex eſt, & teſtis.

Secundo vehementer adverſatur huic deciſioni *l. Julianus. 3.* & *l. ſeq.* & *l. qui Stichum. 5. ff. de confeſſ.* ubi habetur, quod requiratur ſententia etiam poſt confeſſionem. Itaque in iis legibus confeſſus non habetur pro judicato, alioqui non requireretur ſententia judicis. Reſp. Sic diſtinguendum eſt cum *Bart. Caſtrenſ.* & *Zaſio ad d. l. 1. ff. de confeſſ.* Aut reus confeſſus eſt coram judice ante litem conteſtatam, & habetur pro condemnato, nec opus eſt alia ſententia, ſed hujuſmodi confeſſiones habent paratam executionem, & debitori confeſſo tantum fit præceptum a judice, ut ſolvat debitum, quod confeſſus eſt ſe debere. *l. certum 6. §. ult. ff. de confeſſ. l. ſi debitori. 21. ff. de judic.* Aut debitor confeſſus eſt poſt litem conteſtatam, & tunc non habetur pro condemnato, ſed adhuc ſententia ferenda eſt, & ita procedunt *d. l. Julianus.* & *l. ſeq. ff. de confeſſ.* Rationem diverſitatis eſſe tradunt DD. quod qui ante litem conteſtatam confitetur, videtur hoc facere cauſa evitandi judicii; qui autem poſt litem conteſtatam confitetur, videtur litem ingredi, & fundare judicium, quod utique ſententia finiendum erit. *Bart.* & *Zaſ. ad d. l. 1. ff. de confeſſ. Coſtal. ad d. l. proinde.*

Tertio opponitur *l. ſi confeſſus. 5. ff. de cuſtod. & exhib. reor.* ubi ſtatuitur, quod ſi reus confeſſus eſt de crimine, adhuc contra eum ferenda eſt ſententia. Reſp. Lex illa loquitur de criminalibus cauſis, in quibus poſt confeſſionem etiam ſententia opus eſt, neque confeſſio executioni mandabitur, niſi ſententia ſubſequatur. *l. 2. C. quor. app. non recip.* In civilibus autem cauſis ſententia non opus eſt contra confeſſum. Plane illud quoque notandum, quod confeſſus ex ſola confeſſione infamiam quoque non contrahat. *l. ſi reus. 73. ff. de procurat.* nam ad infamiam irrogandam ſententia & condemnatio ſubſequi debet. *l. 1.* & *l. furti. 6. ff. de his qui not. infam.*

Sed

Sed prædictis adhuc obſtare videtur *d. l. proinde.* §. *ult. ff. ad l. Aquil.* ubi dicitur, nullas eſſe partes judicis in confitentes. Reſp. Hoc ſic explicandum eſt, ut revera non poſſit judex in ferenda ſententia contra confeſſionem ſtatuere, ſed neceſſario ſecundum confeſſionem judicabit & æſtimabit: ſententia igitur opus eſt. *Coſtal. ad d. l. proinde.* §. *ult. ff. ad l. Aquil.*

ASSERTIO XLVII.

In interdicto uti poſſidetis, *cum ambo æqualem poſſeſſionem vel titulum probant, cumque pares ſunt utriuſque probationes, judex vel neutri poſſeſſionem adjudicabit, utrumque ab ea exire jubendo; vel ſingulis dimidiam partem poſſeſſionis aſſignabit.*

ARdua & graviter in varias partes inter DD. agitata eſt quæſtio, quæ forma ſit obſervanda ferendæ ſententiæ in interdicto *uti poſſidetis*, quando uterque litigantium profert pares probationes, puta ſi uterque æqualibus teſtibus vel probationibus ſuam poſſeſſionem comprobat, vel ambo æqualiter titulo ſuam poſſeſſionem munitam oſtendunt, vel æque antiquam poſſeſſionem demonſtrant. In hoc articulo poſt varios opinionum conflictus, hæc videtur ſanior ſententia, quod tutius ſit, ut neutri poſſeſſionem adjudicet, & ab ea utrumque exire jubeat; vel, quod facta diviſione, partem unam poſſeſſionis uni, alteram alteri aſſignet. Probatur prior ſententia per *l. ſi fuerit legatum.* 10. *ff. de reb. dub.* ubi deciditur, quod in caſibus maxime dubiis, quando de proprietate rei agitur, ita fieri conſuevit. Pro altera ſententia facit hæc ratio, quod judicis eſt, controverſias & rixas ſedare & componere: quod ubi alia ratione præſtare non poterit, diviſione facta, partem uni, & partem alteri aſſignabit, quemadmodum feciſſe Tiberium Cæſarem ſcriptum eſt in *l. et hoc Tiberius.* 41. *ff. de hered. inſt.* Hanc ſententiam probant *Bart. in l. ſi duo. ff. uti poſſid. num.* 5. *Dynus in l. Titia textores. ff. de leg.* 1. *Menoch. remed.* 3. *ret. poſſ. q.* 87. *num.* 770. & 776.

Contra hanc ſententiam alii ſtatuunt, judicem debere ita pronunciare, *Uti poſſideatis, ita poſſideatis*, ut ita neuter vincat, nec vincatur. per *l. ſi duo.* 3. in princ. *ff. uti poſſ.* Sed hæc ſententia merito reprobatur ex eo, quia ſic ſententia pronunciaretur incerta, quæ ipſo jure nulla eſt & inutilis. *l. ult. C. de ſent. quæ ſin. cert. quantit. profer.* §. *curare.* 32. *inſt. de act.* Rurſus ex ea ſententia daretur occaſio partibus contendentibus veniendi ad arma, quod judex ferre non debet. *l. ſi cujus.* 13. *9. ſed ſi inter.* 3. *ff. de uſufruct.* Nec obſtat

ſtat *d. l. ſi duo.* quia loquitur, ut Bart. interpretatur, cum judex pronunciat utrumque poſſidere diverſa poſſidendi ſpecie, ut quia unus poſſidet ut uſufructuarius, alter ut proprietarius: theſis vero noſtra accipi debet, cum ambo probant, ſe in ſolidum poſſidere, eadem ſpecie poſſeſſionis, quod jure impoſſibile eſt: ideoque judex non poteſt hoc modo pronunciare, quoniam ſententia impoſſibilitatem contineret, vel ſaltem aliquid inconveniens produceret.

Secundo alii ſtatuunt, judicem debere curare ſequeſtrari poſſeſſionem apud alium, ne contendentes ad arma veniant. arg. *d. l. ſi cujus. §. ſed ſi inter.* Hanc opinionem ſequitur Butrigar. Verum ab ea ſententia diſcedit *Bart. in d. l. ſi duo.* ea ratione, quod incognitum adhuc erit, quis poſſideat, quis non, atque ita ignorabitur, quis in judicio petitorio actoris partes, & quis rei conventi ſuſtinere debeat.

Tertio alii ſentiunt, quod forte hæc quæſtio dirimenda ſit, per *l. in tribus.* 13. *ff. de jud. l. ult.* in princ. *C. comm. de leg.* Verum & hæc opinio recte reprobatur. Nec juvatur per *d. l. in tribus.* & *d. l. ult.* quia hæc quæſtio facti eſt, non juris: at quæſtiones facti ſorte non terminantur. *l. duo ſunt Titii.* 30. *ff. de teſt. tut.* ſed juris quæſtio ſorte dirimi poterit, de qua dictæ leges ſunt accipiendæ. Latius de hac quæſtione vide *Menoch. rem.* 3. *ret. poſſ. q.* 87. ubi octo profert DD. opiniones in hac propoſitione, quid judex pronunciare debeat in interdicto *uti poſſidetis*, cum uterque litigantium ſe æqualiter poſſidere probat. Adde *Fachin. lib.* 8. *contr. jur. c.* 18. *Donell. ad l. unic. C. uti poſſid. num.* 18. 19. & ſeqq.

ASSERTIO XLVIII.

Omnia interdicta de poſſeſſione vel quaſi obtinenda competunt.

INterdicta nihil aliud ſunt, quam actiones, quibus de poſſeſſione vel quaſi aſſerenda agitur, ſive eam nunc primum adipiſci, ſive adepti retinere, ſive ademtam & amiſſam recuperare velimus. *princ. inſt. de interd.* Hæc interdicta tantum de poſſeſſione vel quaſi obtinenda competunt, & controverſiæ omnes de poſſeſſionibus hiſce interdictis expediuntur & finiuntur. *l.* 3. *C. de interd. l. ordinarii.* 13. *C. de rei vindic.*

Sed objicitur huic deciſioni, quod & pro rebus ſacris, religioſis, publicis, & libero homine varia competant interdicta, & tamen hæ res non ſunt in hominum commerciis, nec poſſideri poſſunt. *l. qui univerſas.* 30. §. 1. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* De hiſce rebus hæc interdicta prodita extant: *Ne quid in loco ſacro fiat, Ne quid in loco publico vel itinere fiat, De libero homine exhibendo,* item

item *interdictum de mortuo inferendo.* Reſp. Hæc interdicta pro quaſi poſſeſſione obtinenda competunt: in hiſce enim interdictis uſus quaſi poſſeſſio nominatur, de quo ſic agitur, ut vel nobis, vel his ipſis rebus ſuam quodammodo aſſeramus poſſeſſionem, eamque ab aliorum injuſto facto velut vindicemus. Sic locis religioſis puta ſepulchrum, vel jus inferendi mortuum in ſepulchrum, non eſt in noſtro dominio, propter religionem, ſed tamen ſepulchri quod eſt in fundo noſtro ſicut quaſi poſſeſſionem, ita & quaſi dominium habemus. *l. ſunt perſonæ.* 43. *ff. de relig. & ſumpt. fun. &c.*

Secundo opponitur *l.* 2. § *quædam.* 2. *ff. de interd.* ubi dicitur, *quædam interdicta continere cauſam propietatis, veluti de itinere actuque privato reficiendo.* Qui enim hoc interdicto utitur, duas res docere debet, & ſe uſum ſervitute hoc anno, & ſibi ſervitutem competere, quod ad proprietatis cauſam pertinet. *l.* 3. §. *hoc autem.* 13. *ff. de itin. act. privat.* Reſp. Quod dicitur, *quædam interdicta cauſam proprietatis continere*, non ideo dicitur, quod non ſunt de poſſeſſione, & uſu rei tuendo, ſed cum ſint de his rebus principaliter, per conſequentiam adjunctam habent cauſam proprietatis, quia vincit is in hoc uſu, qui jus, de cujus uſu agitur, ad ſe pertinere oſtendit. *d. l.* 3. §. *ait prætor.* 11. & §. *hoc autem.* 13. juncta *l. appparet.* 5. §. *penult. ff. de itin. actuq. privat.* Pulchre *Cujac.* in aureis ſuis *paratit. C. tit. de interdict.* & *lib.* 5. *obſerv. c.* 19.

ASSERTIO XLIX.

Pœna conſtitutionis l. ſi quis in tantam. C. unde vi. *etiam tenentur feminæ, minores, ruſtici.*

COntra eos, qui poſſeſſionem alienam per vim invadunt, promulgata eſt conſtitutio *l. ſi quis in tantam.* 7. *C. unde vi.* Qua ſtatuitur, quod alienam poſſeſſionem violenter invadens, eam reſtituere vim paſſo teneatur, & ſi domus erat invaſor, privatur dominio; ſi vero non erat dominus, tenetur poſſeſſionem reſtituere, & condemnatur in æſtimationem rei. Quæritur nunc, an pœna hujus conſtitutionis teneantur etiam feminæ, minores, & ruſtici. Et dicendum eſt, eos quoque obſtringi, quia dicta conſtituſtutio generaliter loquitur de omnibus, qui rem ab alio poſſeſſam vi invadunt. Omnes ergo in pœnam hujus conſtitutionis incidunt, ſine diſtinctione ſexus, ætatis, aut conditionis.

Sed opponitur primo, quod mulier non teneatur pœna hujus conſtitutionis, quia conſtitutio ſcripta eſt hoc modo, *ſi quis*, non *ſi qua poſſeſſionem violenter invaſerit.* Reſp. Hæc quæſtio deciſa eſt ex jure certo, videlicet ex *l.* 1. & *l. pronunciatio.* 195. *ff. de V. S.* ubi traditur, quod *hoc verbum, Si quis, tam maſculum, quam feminam contineat.* Deinde non eſt hac conſtitutio in odium ſexus

vi-

virilis, ſed ad odium ſpoliatoris, & crimen violentiæ puniendum promulgata. Atqui vis major eſt in femina, quam in maſculo, quia mulier invadens alienam poſſeſſionem per vim, facit contra pudicitiam & modeſtiam ſexui feminino congruentem: magis igitur eſt punienda.

Secundo adverſatur *l. 2. §. 1. ff. ſi quis in jus voc. non ier. &c.* & *l. regula. 9.* in princ. *ff. de jur. & fact. ign.* Ubi dicitur, quod minoribus 25. annis feminis & ruſticis permittatur in jure errare, quodque ruſticitati & infirmitati ſexus parcatur, ſi magiſtratuum edictis non obtemperaverint. Reſp. Nullorum delictis patrocinatur juris ignorantia, præſertim ſi delictum pugnet cum jure naturali, quale eſt crimen violentiæ, quia aliena per vim invadere lege naturali & divina prohibetur, unde hujus juris naturalis ignorantia eos non excuſat. *l. 2. C. de in jus vocand. l. ſi adulterium. 38. §. 1. ff. ad l. Juliam. de adult.* ubi traditur, quod minores & mulieres excuſantur quidem a pœna inceſtus, qui jure civili committitur, puta ſi cum ſororis filia rem habuerint. At ſi inceſtum juris gentium commiſerint, puta cum privigna, nuru, vel noverca, mulier & minor æque puniuntur ut majores & mares. Nam jus naturale ſeu gentium in omnes eſt diffuſum, & ignorari a mulieribus & minoribus non poteſt: jus autem civile mulier & minor ignorare poteſt. Eleganter *Cujacius* interpretum juris noſtri princeps & coryphæus *ad l. auxilium. 37. ff. de minor.* Quin imo & jure naturali repugnat jus ſibi ſua manu & propria auctoritate dicere, ideoque ruſtici & mulieres hoc caſu non excuſantur. *§. penult. inſt. de vi bonor. rapt.* At ſi quod delictum per negligentiam, ſeu omittendo, non vero faciendo ſit commiſſum, hoc caſu ignoſcitur interdum feminis, minoribus, & ruſticis juris ignorantia peccantibus. *d. l. regula. l. auxilium. 37. ff. de minor. l. 1. C. ſi adverſ. delict. l. ult. C. de jur. & fact. ign.* Ita decidit *Menoch. remed. 9. recup. poſſ. q. 1.* & *2.* & *de arbitr. jud. caſu 194. num. 15.* Et approbat *Donell ad d. l. ſi quis in tantam. C. unde vi. num. 11.* & *12.*

ASSERTIO L.

Prædoni competit interdictum unde vi. *etiam cum ab ipſo rei domino ſpoliatur,*

TAnta eſt violentiæ improbitas, tantum odium, ut ſpoliatus per vim ſua poſſeſſione, ante omnia ſit reſtituendus, etiamſi ſit prædo. Probat hanc ſentiam *l. colonus. 12. l. cum fundum. 13. ff. de vi & vi arm.* Eandem concluſionem probant *l. 1. §. qui a me. 30. ff. eod.* & omnium apertiſſime *§. recuperandæ. 6. inſt. de interdict.* ubi traditur, interdictum *recuperandæ poſſeſſionis* dari vi dejecto ſua poſſeſſione, ad reſtituendam poſſeſſionem, etiamſi is a deji-

ciente vi, clam, vel precario poſſideat. Ratio illa a DD. adferri ſolet, quia ſine citatione & actu judiciali nemo eſt a poſſeſſione ſua amovendus, nemoque ſine cauſæ cognitione ſua poſſeſſione eſt privandus. *l. ult. C. ſi per vim vel al. mod. abſent. turbat. ſit poſſeſſ.* Cum ergo prædonis poſſeſſio, poſſeſſio dicatur, in eam dejectus prædo reſtituendus eſt. Quin imo & interdictum *unde vi* ſpoliato prædoni per vim, datur contra dominium ſpoliantem vel dejicientem; neque enim dominii exceptio ſpoliato agenti interdicto *unde vi* objici poteſt. arg. *l. qui poſſeſſionem.* 17. *ff. de vi & vi arm. l.* 1. in verb. *ſine ulla cunctatione poſſeſſioni eos reſtituant. C. ſi per vim vel al. mod. abſent. turbat. ſit poſſeſſ.* textus in *cap. literas. extr. de reſt. ſpol. l. ſi quis ad fundum.* 7. in verb. *eademque protinus reſtituta. C. ad l. Jul. de vi publ.* Approbant hanc deciſionem *Weſemb. in parat. ff. de vi & vi arm. num.* 11. *Sneidew. ad §. recuperandæ. inſt. de interd. num.* 23. *Gomeſ. ad ll. Tauri. l.* 45. *num.* 182. *Boër. deciſ.* 238. qui plene de hac quæſtione differit. Amplectitur *Catheran. in deciſ. Pedem.* 116. *num.* 6.

Sed graviter huic aſſertioni refragatur *l. bona fides.* 31. §. 1. in fin. *ff. depoſ.* ubi traditur, quod ſi prædo ſpoliaverit aliquem per vim, & poſtea eadem ſpolia depoſuerit apud dominum, non poſſit ea repetere a domino, additurque æquiſſima ratio, *quia non eſt æquum dominum rem ſuam reſtituere prædoni compelli.* Reſpondeo dupliciter. Vel dicendum, quod illa lex accipienda eſt, quando agitur judicio petitorio, hoc eſt, quando prædo experitur actione depoſiti: tunc enim deneganda eſt ei reſtitutio depoſiti, quia dominus præferendus eſt prædoni in reſtitutione rei ſuæ. Diverſum, cum agitur judicio poſſeſſorio, in quo ſpoliatus, licet prædo ſit, ante omnia eſt reſtituendus. Vel reſpondendum, cum conſtat ſpoliatum eſſe prædonem notorium, & e contra ſpoliatorem eſſe dominum, tunc ſpoliatus non eſt ante omnia reſtituendus. Eaque ſententia confirmatur per *c. cum delictus. extr. de cauſ. poſſ. & propr.* Ex quo illa deſumitur regula: *Cum conſtat de jure proprietatis & dominii, tunc illa cauſa poſſeſſionis in ſua executione prævalere debet.* Ita eleganter reſpondet *Menoch. remed.* 1. *recup. poſſ. quæſt.* 11. *num.* 119.

Secundo adverſatur *l. dolo.* 8. *ff. de dol. mal. & met. except.* ubi pro regula traditur, quod *dolo facit qui petit, quod reſtituturus eſt.* Unde prædo ſpoliatus non debet reſtitui contra dominum. Reſp. Iſta regula tantum locum habet in judiciis petitoriis, non in poſſeſſoriis. *l.* 1. §. 1. *ff. quod legat.* ſaltem recuperandæ poſſeſſionis. *Dynus in c. dolo facit. de reg. jur. in* 6. & *cap. qui ad agendum. eod.* Spoliatus enim ante omnia reſtituendus eſt, ne ſpoliator ex ſuo delicto commodum ſentiat: alioqui ſi hoc non fieret, magna delinquendi cauſa & occaſio præſtaretur, contra *l. non eſt ſingulis.* 176. *ff. de reg. jur. l. illud convenire.* 5. *ff. de pact. dot.* Eſſet enim in facultate domini

ſua

ſua manu ſibi jus dicere, & vim illam ac audaciam prætextu dominii tueri.

Assertio LI.

Vim vi repellere licet, modo fiat in continenti, & cum moderamine inculpatæ titulæ.

Qui latronem injuriantem occidit, nullo jure tenetur. §. *injuria.* 2. *inſt. de l. Aquil.* modo tamen id fiat cum moderamine inculpatæ titulæ. *l.* 1. *C. unde vi.* Moderamen hoc conſiſtit in modo, tempore, & cauſa. Modus eſt defenſio neceſſaria, & præſens vitæ periculum. Tempus, ſi eo tempore fiat, quo impendet provocato vitæ periculum, hoc eſt, ſi in rixa & in continenti fiat, provocato non deſcendente ad actus extraneos. Nam ſi ex intervallo fiat, defenſio non eſt neceſſaria, ſed vindicta. *l.* 3. §. *eum igitur.* 9. *ff. de vi & vi arm.* Cauſa eſt juſta defenſio ob perſonam facta, ut ſcilicet ſit neceſſaria defenſio, non ad vindictam facta. *l.* 3. *C. ad l. Corn. de ſicar.* ut ſcilicet quis non initio auctor rixæ fuerit, & operam rei illicitæ dederit. Ratio hujus deciſionis eſt, quia *adverſus periculum permittit ſe naturalis ratio defendere. l.* 4. *ff. ad l. Aquil.* Et *vim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt. l. ſcientiam.* 45. §. *qui cum aliter.* 4. *ff. eod. l.* 3. *ff de juſt. & jur.* Huc pertinet elegantiſſimus locus in oratione Ciceronis pro Milone: *Eſt hac non ſcripta, ſed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum etiam ex natura ipſa arripuimus, hauſimus, expreſſimus; ad quam non docti, ſed facti, non inſtituti, ſed imbuti ſumus; ut ſi vita noſtra in aliquas inſidias, ſi in vim, in tela aut latronum, aut inimicorum incidiſſet, omnis honeſta ratio eſſet expedienda ſalutis. Silent enim leges inter arma, nec ſe expectari jubent, cum ei qui expectare velit, ante injuſta pœna luenda ſit, quam juſta repetenda.*

Sed objicitur, quod nemo ſibi ipſi permittere debeat ultionem, cum tutela & defenſio magiſtratus in medio ſit conſtituta, quam quilibet læſus implorare tenetur. *l. nullus.* 14. *C. de Judæis & cœlicolis. l. non eſt ſingulis.* 176. *ff. de R. J.* Reſp. Non raro neceſſitas nos in eas anguſtias ducit, ut ſi leges expectare velimus, ante injuſta morte ſimus perituri, quam juſtam pœnam petituri. Ideo certis caſibus permiſſum eſt ſine judice ſe vindicare, toto *tit. C. quand. lic. unicuique ſine jud. ſe vind. &c.* & melius eſt intacta cujuſque jura ſervare, quam poſt vulneratam cauſam remedium quærere. *l. fin. C. in quib. cauſ. in int. reſt. non eſt neceſſar.*

Hinc accommodate hic quæritur, An ad moderamen inculpatæ tutelæ pertineat neceſſariumque ſit, expectare primum ictum. Armorum minas & terrorem ſufficere arbitror. *Bart in l.* 3. *ff. de*

juſt. & jur. Cynus in l. 1. C. unde vi. num. 5. per *l.* 3. §. *qui armati. 5. ff. de vi & vi arm.* Eſt enim defenſio inſtantis ſive illatæ vis atque injuriæ propulſatio, modo non ſit nudus armorum terror, vel ſolæ minæ, ſed cum actu quodam ad nocendum ſint conjunctæ. Hæc eſt ſententia Baldi, ut refert *Jaſ. in l. 3. ff. de juſt. & jur. num.* 14. potentia enim proxima actui cenſetur ipſe actus. arg. *l. 1. § ſi juſſerim.* 21. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* Hinc ſi adverſarium meum video minaci animo e pharetra ſagittam depromere, gladium e vagina extrahere, poſſum, antequam arcum incurvet, aut gladium educat, prævenire & vim inſtantem repellere, *l.* 2. 3. & 4. *C. ad l. Cornel. de ſicariis.* arg. *l. ult. C. in quib. cauſ. in int. reſt. neceſſ. non eſt.* Ubi enim cunctatio periculoſa eſt, melius eſt naſcenti malo occurrere, quam poſt exitum medicinam quærere. *l. 1. C. quand. lic. unicuique ſine jud. &c.* Eleganter *Fachin. lib. 1. controv. jur. c.* 50.

Secundo quæritur, an inſultatus, cum fugere poſſit, fuga ſe tueri teneatur. Neminem fugere teneri puto, ne famam in diſcrimen vocet, quia turpis & probroſa eſt ingenuo viro fuga: arg. *l. item apud.* 15. §. 1. *ff. de injur.* crudelis vero eſt, qui famam negligit. Tum etiam periculoſa eſt fuga, propter lapſum qui fugienti accidere poteſt, & fugienti a tergo vulnera infligi poſſunt. Ita concludit *Jaſon. ad l. 3. ff. de juſt. & jur.* Adſtipulatur conſtitutio criminalis Caroli V. *artic.* 146. in verbis, *Ohne gefarlikheit ſeines leibs, lebens, ehren vnd guten leumuths.*

Sed objicitur §. *injuria.* 2. *inſt. de l. Aquil.* ubi ita demum permittitur alicui latronem inſidiatorem occidere, *ſi aliter periculum effugere non potuit.* Atqui fuga poterit periculum vitare, &c. Ergo. Reſp. Turpis eſt & probroſa honeſto & nobili viro fuga, & periculoſa propter lapſum. Ideoque fugere nemo tenetur, qui ab inſidiatore ſeu ſicario invaſus eſt, quia hoc fieret cum magno periculo, eo quod fugienti a tergo vulnera infligi poſſent. Ita poſt alios decidit *Gail lib. 2. pract. obſerv. cap.* 110. Sequitur *Bart. in l. 1. C. unde vi. num.* 8. *Weſemb. conſ.* 19. *num.* 17.

Poſtremo objicitur locus *Matthæi 5. v.* 39. ubi Chriſtus dixit: *Si quis tibi alapam impegerit in dextram maxillam, obverte illi alteram.* Reſp. Id faciendum eſt, cum videas te fratri tuo iſto modo conducere poſſe, aut id conducere ad gloriam Dei illuſtrandum. Extra autem iſtos caſus non eſt neceſſe ita facere, quemadmodum Chriſtus, & Paulus ſuo exemplo docuerunt. *Joan.* 18. *v.* 23. *Act.* 23. *v.* 3. Ita reſpondet *Martyr. in loc. commun. claſſ.* 2. *c.* 9. *num.* 16.

Illud denique notandum, quod ſi provocatus & inſultatus ab aggreſſore, modum exceſſit in defenſione, non debet ſtatuta ordinaria, ſed extraordinaria & mitiori pœna plecti, propter culpam & exceſſum. Ratio eſt, quia non eſt in tanta culpa, qui juſtum dolorem temperare non potuit. arg. textus in *l. ſi adulterium cum inceſtu.* 31. §. *Imperator.* 8. *ff. ad l. Jul. de adult.* ubi dicitur, quod *diffi-*

difficillimum eſt juſtum dolorem temperare. textus in *l. Divus. 5. ff. ad l. Pomp. de parricid.* textus in *l. ſi quis in gravi. 3. §. ſi maritus. 1. ff. de SC. Syllan.* textus in *l. 1. §. quari. 5. ff. ad SC. Turpill.* ubi dicitur, quod inconſultus calor vitio caret. Provocatus enim homo intenſo dolore non eſt in plenitudine intellectus, & non habet ſtateram in manu, ideoque non poteſt verbera dare ad menſuram. facit textus in *l. qui cum major. 14. §. ſi libertus. 6. ff. de bon. libert.* cujus pulchra ſunt verba: *Ignoſcendum eſt ei, qui provocatus ulciſci ſe voluit.* Et hæc ſententia, quod aggreſſus, ſi modum exceſſit, mitiori pœna ſit afficiendus, communiter a maxima doctorum phalange eſt recepta, ut eleganter notat *Gomez. in var. reſolut. tomo 3. in cap. de homicid. num. 24.* quem ſequitur & laudat *Emanuel a Zoarez. in theſaur. recept. ſentent. in litera D. num. 26.*

Assertio LII.

Exceptiones non numeratæ pecuniæ, & diviſionis, ſunt perpetuæ & peremtoriæ: exceptio vero, ne quis conveniatur ultra id quod facere poteſt, temporalis & dilatoria eſt.

Dividuntur exceptiones, quod aliæ ſint perpetuæ & peremtoriæ, aliæ vero temporales & dilatoriæ. Peremtoriæ ſunt, quæ ſemper agenti obſtant, & rem de qua agitur perimunt. Temporales ſunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt. §. *appellantur.* 8. 9. & 10. *inſt. de except. l. 3. ff. eod.* Porro non differunt hæ exceptiones proprie a tempore proponendi has exceptiones, quaſi illæ dicantur dilatoriæ, quæ intra certum tempus, puta ante litem conteſtatam tantum proponi poſſunt; peremtoriæ vero quæ ante & poſt litem conteſtatam recte allegantur. nam & exceptio, ne quis conveniatur ultra id quod facere poteſt, dilatoria eſt, & tamen non ſolum ante, ſed etiam poſt litem conteſtatam, imo poſt ſententiam proponi poteſt. *l. Neſennius. 41. §. ult. ff. de re jud.* ſed potius differunt a tempore, quo durat effectus propoſitarum hujuſmodi exceptionum. Nam peremtoriæ & perpetuæ exceptiones ideo appellantur, quia ex quo ſemel agenti oppoſitæ ſunt, ita perimunt actionem in perpetuum, ut amplius agi non poſſit; exceptiones vero dilatoriæ & temporales vocantur, quæ oppoſitæ non pariunt effectum perpetuum, ſed temporalem, ita ut poſſit aliquando iterum recte agi.

Quæritur, an exceptio non numeratæ pecuniæ ſit peremtoria, an vero dilatoria. Doctores dubitant. Sed dicendum eſt, hanc exceptionem eſſe peremtoriam & perpetuam. Nam etſi intra biennium opponi debet, tamen parit effectum perpetuum, ita ut poſt biennium actio denegetur.

Verum objicitur *l. in contractibus.* 14. in princ. *C. de non num. pec.* ubi dicitur, quod hæc exceptio ultra biennium non poteſt proponi, ideoque temporalis & dilatoria eſſe videtur. Doctores dicunt eam eſſe anomalam, quia cum perpetua ſit, præter regulam juris tempore finitur. Reſp. Exceptio non numeratæ pecuniæ eſt peremptoria, quia parit effectum perpetuum, & in totum actionem perimit, licet intra biennium proponi debeat. Præterea poteſt etiam poſt biennium proponi, ſi modo intra biennium querela ſit mota, & proteſtatio facta. *d. l. in contractibus.* §. *ult.*

Secundo quæritur, utrum exceptio inopiæ, quæ datur ei qui non eſt condemnandus, niſi in quantum facere poteſt, ſit temporalis, an perpetua. Et verius eſt temporalem eſſe ac dilatoriam, quia parit effectum temporalem, cum fieri poſſit, ut reus iterum perveniat ad pinguiorem fortunam, atque ita condemnetur in ſolidum. Quæ ſententia confirmatur & hoc argumento, quia ſi is cui hæc exceptio competit, per errorem ſolvat ſolidum, non poteſt repetere. *l.* 8. & *l. ſeq. ff. de condict. indeb.* Quod proprium eſt exceptionum temporalium. *l. in diem.* 10. *ff. eod. tit.* Nam exceptiones perpetuæ pariunt condictionem indebiti. *l. ſi is qui.* 24. *l. ſi non ſortem.* 26. §. *indebitum.* 3. & §. *adeo.* 7. *ff. eodem.* Itaque hac ratione probatur eſſe dilatoria & temporalis hæc exceptio.

Tertio dubitatur de exceptione diviſionis, quæ datur confidejuſſoribus, aliiſve interceſſoribus, ut actio inter ſingulos qui tempore litis conteſtatæ ſunt ſolvendo, dividatur. Sed verius eſt, hanc exceptionem eſſe perpetuam & peremtoriam, quia parit effectum perpetuum. Nam ſi fidejuſſor hac exceptione uſus ſit, non poterit poſtea conveniri in ſolidum, ſed exceptio diviſionis illa quæ objicitur ex epiſtola D. Hadriani, perpetuam vim habet. Hinc eſt, quod exceptio hæc proponi poteſt poſt litem conteſtatam. *l. ſi fidejuſſor.* 10. *C. de fidejuſſ.*

ASSERTIO LIII.

Actio eſt jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur.

TRaditur hæc definitio actionis ab Imp. in *princ. tit. inſt. de action.* & in *l. nihil.* 51. *ff. de obl. & act.*

Huic definitioni primo repugnat, quod verbo *perſequendi*, proprie loquendo continentur tantum extraordinariæ actiones, ut puta petitiones fideicommiſſorum. *l. pecunia.* 178. §. *actionis.* 2. *ff. d. V. S.* Ideoque hæc definitio non omnibus actionibus accommodari poteſt. Reſp. Verbum *perſequendi* debet in hac definitione latius accipi, ut conveniat omnibus actionibus, quia definitio generalis eſt, & omnibus ſpeciebus communis eſſe debet.

Additur in definitione, *quod ſibi debetur.* Quæ verba ſignificant defi-

definiri hic actionem pertinentem ad judicia privata, ac diſtinctam tam ab actione populari, quam ab accuſatione publica, quoniam in judiciis popularibus aut publicis non perſequimur, quod nobis debetur, ſed jus populi tuemur. *l.* 1. *ff. de popul. act. l.* 4. §. *C. de hæret.*

Objicitur quod in §. *pœnales.* 12. *inſt. de action.* proponitur actio de albo corrupto, quæ eſt popularis. *l.* 7. in princ. *ff. de jurisd.* Reſp. Actiones populares quatenus moventur ab iis, ad quos ea res pertinet, pro privatis habentur. *l.* 42. in princ. & *l. non cogendum.* 45. *ff. de procur.* Ergo intelligendum eſt dictam actionem de albo corrupto, in *tit. inſt. de actionib.* ea ratione conſiderari, quatenus ei datur cujus intereſt, & pro privata habetur.

Tertio opponitur, quod non ſemper quis actione petit, quod ſibi debetur, ſed interdum etiam quod alii debetur, ut tutor petit quod debetur pupillo, procurator quod debetur domino. Reſp. Qui per alium quid facit, per ſe ipſum facere videtur.

Ultimo contra verbum *debetur*, objicitur, quod res noſtra nobis deberi non poteſt. *l. Quintus Mutius.* 27. §. *argento.* 2. *l. ſcribit.* 34. *ff. de aur. & arg. leg.* Itaque videtur hæc definitio non convenire actioni in rem, quoniam hac actione perſequimur rem nobis debitam. Reſp. Actione quoque in rem perſequimur, quod nobis debetur, non quod res noſtra nobis debeatur, ſed quia debetur nobis rei noſtræ, ſeu poſſeſſionis rei noſtræ reſtitutio. Quod latius & plenius declaratur ſupra Centur. 4. aſſ. 30.

ASSERTIO LIV.

Nuda ratio non conſtituit aliquem debitorem.

HÆc aſſertio aperto textu confirmatur in *l. nuda ratio.* 26. *ff. de donat.* ubi pro regula traditur, quod *nuda ratio non facit aliquem debitorem.* Ideoque etiamſi quis donandi animo referat in ſuas rationes, & ſcribat ſe alicui quid debere, non tamen valida & efficax intelligitur donatio. Dicitur autem *nuda ratio*, ſicut *nudum pactum*, ea quæ cauſam non habet adjunctam, veluti ſi quis dicat ſe Titio debere centum, nec adjiciat ex cauſa mutui, donationis, vel alia ſimili. Hæc nuda ratio ſcribenti non officit, neque ullum operatur effectum, etiamſi quis donandi animo ſcripſerit ſe debere Titio centum. *d. l. nuda.*

Sed videtur huic deciſioni obſtare, quod Juſtinianus conſtituit donationem perfici nudo conſenſu. *l. ſi quis argentum.* 35. *C. de donat.* unde in hoc caſu qui ſcripſit, videtur obligari ex cauſa donationis: proinde poterit conveniri condictione ex lege ad tradendum, quod donavit. Reſp. Donatio, quæ nec ſtipulatione nec traditione confirmatur, eſt nudum pactum. *l.* 1. *ff. de tranſact.* Ideoque non ſolius

donatoris, ſed utriuſque partis, id eſt, donatoris & donatarii conſenſum requirit, ut contingit in omnibus pactis. *l.* 1. §. 2. *ff. de pact.* Unde apparet *d. l. nuda.* non eſſe abrogatam per *d. l. ſi quis argentum.* ſed generaliter ſtatuendum eſſe, donationem non valere ex ſolo conſenſu donatoris, ſed conſenſu utriuſque partis, tam donatoris, quam donatarii perfici. Hoc aperte probat Juſtinianus in §. 2. *inſt. de donat.* ubi ait, quod donatio ſine traditione perficiatur nudo conſenſu, & ut ad exemplum venditionis tradendi neceſſitas incumbat donatori: quibus verbis ſignificatur, ut emtio & venditio perficitur nudo conſenſu utriuſque partis, idem etiam de donatione dicendum eſſe.

ASSERTIO LV.

Actiones ſunt juris civilis; nomen autem actionis in libello exprimere, non eſt neceſſe.

MAgnus eſt DD. conflictus, an actiones ſint juris gentium, an vero juri civili ſint adſcribendæ. Alii contendunt eas a jure gentium promanaſſe, nixi eo fundamento, quod cum exceptiones, quæ ſunt defenſiones reorum, ſint juris gentium, ideo quoque actiones eodem jure cenſeri debeant. arg. *l.* 2. *ff. de except.* ubi traditur, exceptiones nihil aliud eſſe, quam excluſiones actionum. Atqui contrariorum eadem eſt diſciplina & doctrina. Huc accedit, quod & apud alias gentes quam Romanos judicia viguerunt, unde & colligitur, cum ſine actione nemo in judicio experiri poſſit. *l. ſi pupilli.* 6. §. *ult. ff. de neg. geſt. l.* 1. *ff. de edend. l. quoties.* 9. §. *item. ſi.* 2. *ff. de admin. & peric. tutor. &c.* actiones ad jus gentium pertinere. Huc faciunt quoque *l. ſunt quidam.* 17. in fin. *ff. de pœn.* juncta *l. ſi mandavero.* 22. §. *is cujus.* 5. *ff. mandat.* ubi dicitur, quod deportati, qui amittunt ea quæ ſunt juris civilis, tamen poſſunt mandare aliis, ut ſibi certas res emant, & competit eis hoc nomine actio mandati. Ergo deportati poſſunt ſibi quærere actiones, quæ ex jure gentium oriuntur, & ſic quodam reſpectu dicuntur actiones eſſe juris gentium.

Sed verior & ſanior eſt ſententia, actiones juri civili eſſe adſcribendas, idque hiſce duobus certiſſimis argumentis confirmatur: primo per textum *l.* 2. §. *deinde ex his legibus.* 6. *ff. de orig. jur.* ubi diſerte traditur, quod *legibus XII tabularum actiones ſunt conceptæ & compoſitæ, quibus inter ſe homines diſceptarent: quas ne populus prout vellet, inſtitueret, certas ſolenneſque eſſe voluerunt legiſlatores, unde appellatur hæc pars juris, legis actiones.* Ita diſerte oſtenditur, quod actiones a jure civili nomen, formam, & conceptionem propriam acceperunt. Secundo comprobatur hæc ſententia hoc argumento. Judicia conſtant tribus perſonis, actore, reo, & judice ſeu magiſtratu. Sed magiſtratus qui judiciis præſunt,

cœ-

cœperunt a jure civili. *l.* 2. §. *poſt originem*. 13. *ff. de orig. jur.* Ergo & judicia, & per conſequens actiones ab eodem jure dimanarunt. Communiter tamen a DD. hæc tenetur diſtinctio. Aut loquimur de actionibus deſcendentibus ex contractibus juris gentium, & tunc reſpectu materiæ, puta contractuum, actiones poſſunt dici juris gentium, ſed reſpectu formæ ſunt juris civilis, quippe jure civili in certam formam ſunt redactæ. Aut loquimur de actionibus, ex contractu a jure civili invento competentibus, & tunc quoad materiam & formam actiones ſunt juris civilis. Ita tradit *Sceidewin. ad tit. inſt. de action. in definit. action. num.* 9.

Opponitur huic deciſioni, quod etiam ante leges XII tab. homines judicia frequentarunt, & actiones exercuerunt, teſte *Halicarnaſſeo libro* 2. *antiquit. Roman.* qui tradit actiones a Romulo fuiſſe inſtitutas. Ergo non poſſunt dici a legibus XII tabularum actiones eſſe compoſitæ. Reſp. Habuerunt quidem & exercuerunt homines ante leges XII. tab. actiones, ſed rudes, informes & confuſas. Verum jus civile poſtea ſupervenit, eaſque actiones in ordinem redegit, certaſque formas & conceptiones adaptavit, illaſque formulas certo ordine digeſſit, & compoſuit. Hanc ſententiam, quod actiones quoad formam & conceptionem ſint juris civilis, ſolidis rationibus convincit *Zaſ. lib.* 2. *ſing. reſp. c.* 5. & *ad* §. 1. *inſt. de act. num.* 3. qui ſuffragatur ibidem *Minſing. num.* 4. Approbant & tuentur hanc ſententiam *Connan. lib.* 2. *declar. c.* 26. *Borcholt. in tractat. de oblig. c.* 1. *num.* 14. & ſeqq.

Quod ad alteram partem deciſionis attinet, hæc opinio juri magis conſentanea eſt, quod non eſt neceſſe nomen actionis ſpecialiter in libello exprimere, ſed ſufficit factum ita narrare, ut ex eo juſta agendi cauſa colligatur. Quæ ſententia confirmatur per *l. ſi mater.* 11. & *l. & an eadem.* 14. §. *actiones.* 2. *ff. de except. rei jud. l. quoties.* 17. *C. de dignitat.* & pro ea expreſſus textus citatur in *c. dilecti.* & *c. examinata. extra. de judic. c. licet Heli.* 31. *extr. de ſimon.* Quæ etiam ſententia ex *l.* 2. *C. de formul. & impetrat. action. ſublat.* confirmatur his verbis: *Si aptam rei & propoſito negotio competentem eam eſſe conſtiterit.* Comprobatur etiam hæc deciſio hoc modo, quod jure ſaltem digeſtorum non erat neceſſe, libellum in ſcriptis exhibere, ſed ſimplici & nuda petitione poterat actor jus ſuum in judicio proponere, vel ex albo prætoris demonſtrare adverſario, quid eſſet petiturus. *l.* 1. §. *edere.* 4. *ff. de edend.* & ibi *gloſſ. d. l. quoties.* Approbant hanc opinionem, quod nomen actionis in libello omitti poſſit, *Weſemb. in parat. de edend. num.* 7. *Minſ. ad princ. tit. inſt. de act. num.* 6. Pulchre *Oldend. in tractatu ſuo de forma inveſtigandæ actionis, in cap. De veteri actionum ſolennitate, quatenus hodie ſit mutata.*

Objiciuntur huic deciſioni pleraque juris loca, ſcilicet *l.* 3. *C. de edend. l. non videtur.* 33. *ff. de judic.* & potiſſimum *l. ult. C. de*

 in-

interdict. quæ expreſſe tradit, quod qui interdictum proponit, neceſſe habet in limine judicii actionem exprimere. Adhæc fruſtra a legiſlatoribus certa actionum nomina ſingulis negotiis eſſent impoſita, niſi certum etiam in ſingulis facti ſpeciebus nomen eſſet exprimendum. *l.* 1. *ff. de æſt. act. l.* 1. & *l.* 20. §. 1. *ff. de præſcript. verb.* Reſp. Regulariter non eſt opus certam actionem in libello exprimere, ſed tamen petente reo ſive adverſario tenetur actor ſpecialiter deſignare, quo actionis genere uti velit. Quod tunc maxime neceſſarium eſt, cum ex eodem negotio plures actiones ſimul competunt: tunc enim quia ex una actione aliter fit condemnatio, quam ex alia, nominatim debet actor in libello declarare, qua forma & modo agendi procedere velit, ſpecialiter actionis nomen exprimendo. *l. in duobus.* §. 28. *colonus.* 6. *ff. de jurejur. l. habebat.* 13. *ff. de inſt. act. l.* 1. & *l. ſi colonus.* 9. *ff. arb. furt. caſarum. l. cum filius.* 76. §. *variis.* 8. *ff. de leg.* 2. Ita decidit *gloſſ. in d. c. dilecti. extr. de judic.* Idque ea quoque ratione confirmatur, ut judex convenientem petitioni & libello ſententiam poſſit formare & pronunciare. Sententia enim debet eſſe libello conformis, & ultra id quod in judicio deductum eſt, poteſtas judicis excedere non poteſt. *l. ut fundus.* 18. *ff. comm. divid. l. ult. C. de fideic. libert.* ubi dicitur, ſtultum eſſe judicem, qui ſuper non petitis pronuntiat.

ASSERTIO LVI.

Quoties ex pluribus cauſis quid debetur, & quod ſolutum eſt, omnibus ſummis non ſufficit, tunc in graviorem cauſam ſolutum cenſetur.

CUm debitor ex pluribus cauſis diverſas ſummas debet creditori, & aliquam ſummam vel quantitatem ſolvit, nec exprimit in quam cauſam ſolvat, tunc in cauſam debiti graviorem ſolutum cenſetur, qua ſcilicet illum primo quoque tempore exonerari expedit. *l.* 3. & 5. *ff. de ſolut.* Quæ conſtitutio & interpretatio JCtorum producta eſt ex illa naturali æquitate, quod favorabiliores ſunt rei quam actores, item quod procliviores eſſe debemus ad liberandum, quam ad obligandum. *l. Arrianus.* 47. *ff. de oblig. & act.* Exempli cauſa, ſi debitor aliud pure & præſenti die debebat, aliud vero in diem vel ſub conditione, & indiſtincte aliqua ſumma ex his debitis ſolvatur, illud ſolutum cenſetur, quod pure debetur, & cujus dies venit. *l.* 3. & *l. cum ex pluribus.* 103. *ff. de ſolut.*

Verum graviter cum *d. l.* 3. pugnat. *l.* 2. *ff. de ſolut.* ubi Ulpianus ſtatuit, ſi debitor cum ex pluribus cauſis deberet, unum debitum ſolvat, quod tunc illud debitum ſolviſſe cenſetur, cujus dies nondum venit. Reſp. In *d. l.* 1. pro illis verbis *aut in illud*, legendum *haud*

haud in illud, prout Ruſſardus annotavit ſe in veteri exemplari legiſſe: ut ſit ſenſus, quod indiſtinctè ſolutum eſt a debitore ex pluribus cauſis obligato, non eſſe imputandum in illud debitum, cujus dies nondum venit. Quæ lectio textui quam optime congruit, & omnem difficultatem tollit. Ita tradunt *Weſemb. in parat. ad tit. ff. de ſolut. Donell. lib. 16. comm. c. 12.* Quæ ſententia probatur in *l. cum ex pluribus. 97.* & *l. cum ex pluribus. 103. ff. de ſolut.*

Secundo adverſatur deciſioni ſuperiori *l. 1. C. de ſolut.* ubi ſtatuitur, quod ſi debitor cum ex pluribus cauſis deberet, puta aliquam ſummam ex ſorte principali, aliam ex uſuris, & indiſtinctè aliquid ſolvit, quod non ſufficiat ad utranque ſummam, prius in uſuras, deinde in ſortem, id quod ſolvitur, accepto ferendum eſſe. Hic in dubio in eam cauſam ſolutum intelligitur, in quam accepto ferri expedit creditori, non debitori. Eſt enim utilius creditori in uſuras ſolutum imputare, quam in ſortem: e contra debitori utilius eſt prius in ſortem, quam uſuras ſolutum acceptum ferre. Nam ſoluta obligatione uſurarum præteritarum, nihilominus ſalva manet creditori obligatio ſortis & uſurarum obligatio acceſſoria. *l. eos. 26.* in princ. *C. de uſuris.* At vero ſoluta ſorte tanquam obligatione principali, etiam extinguitur curſus uſurarum, tanquam obligatio acceſſoria. *d. l. eos.* Reſp. Quod ſupra dictum eſt, debitum ex pluribus cauſis in graviorem cauſam ſolutum cenſeri, ſeu in eam cauſam, quæ commodior utiliorque eſt debitori, hoc ita intelligendum eſt, ſi ex pluribus cauſis æque principalibus quid debeatur, quia fieri hoc poteſt ſine damno & injuria creditoris. Nam cum ex pluribus cauſis principalibus, quod ſolvitur, acceptum fertur in cauſam debitori graviorem pro ejus commodo, una cauſa per ſolutionem ſublata, quæcunque ea ſit, cætera debita tanquam æque principalia nihilominus integra manent. At vero quoties quid debetur pro ſorte & pro uſuris, tunc ſecus accidit: nam ſi creditor cogeretur id prius in ſortem acceptum ferre quam in uſuras, tunc ſorte ſoluta tolleretur etiam obligatio uſurarum, quæ tanquam obligatio acceſſoria ſequitur obligationem principalem ſortis. Hoc vero non fieret ſine gravi damno & injuria creditoris. Eleganter *Donell. in comment. d. 12.*

ASSERTIO LVII.

Furta non jure civili ſcripto, ſed ex conſuetudine laqueo puniuntur.

QUod furta jure civili Romanorum non puniuntur pœna mortis vel capitali, patet ex *nov. 134. §. quia vero.* & ex *auth. ſed novo jure. C. de ſerv. fugit.* Cujus hæc ſunt verba: *Sed novo jure pro furto nec morietur aliquis, nec aliquod membrum abſcindetur,*

ſed

ſed aliter caſtigabitur. Fures vero appellamus eos qui occulte & ſine armis aliena tollunt, non eos, qui vi, armis manu coacta graſſantur latronum more.

Objicitur conſtitutio Imp. Friderici quæ extat *lib. 2. feudor. tit. 27. §. ſi quis quinque. 9.* ubi Imp. Fridericus conſtituit, ut fures de patibulo ſuſpendantur, quoties furtum quinque ſolidorum, id eſt, aureorum Hungaricorum æſtimationem excedit. Sin minus furati ſunt, ſcopis & forfice excoriari & tundi debent. *Reſp.* Illa conſtitutio Imp. Friderici tantum de caſu fractæ pacis loquitur, ſeu de furto, quod adhibitis armis & per violentiam perpetratur. Itaque ea pœna non ſtatuitur in illos, qui ſimplex furtum commiſerunt, ſed qui violenter graſſati ſunt in bonis aliorum diripiendis, qui non tantum fures ſunt, ſed effractores & violenti raptores, punitque ea lex fures, non tantum quatenus fures ſunt, ſed quatenus pacis publicæ turbatores exiſtunt. Quod aperte probat inſcriptio tituli præfixa conſtitutioni Imp. Friderici, quæ inſcribitur, *de pace tenenda & ejus violatoribus.* Ita recte notat *Baro ad §. ult. inſt. de obligat. ex delict.* & communiter ita accipi atteſtatur *Gomeſ. in §. ex maleficiis. inſt. de action. num. 2.* & *3.* Quæ ſententia etiam verbo Dei conſentanea eſt. Similiter enim in lege divina conſtitutum eſt. *Exodi 22. v. 2.* ut ſi noctu veniſſet fur armatus, velletque aliquid rapere, impune eſſet eum occidere. Huc facit quod traditur *2. Samuel. c. 12. v. 5.* & *6.* ubi David inquit, quod dives qui habet greges & armenta multa, ſi rapiat unicum agnum pauperis, mortem meretur, & præterea quadruplum reddere tenetur.

Secundo objicitur *l. penult. ff. de cond. cauſ. dat. cauſ. non ſecuta.* ubi pro ſimplici & exiguo furto quis jure civili pœna mortis afficitur. *Reſp.* Illa lex diſponit de furto a ſervo commiſſo. At cum ſervi in jure pro hominibus vilibus & abjectis habeantur, imo pecudibus exæquentur, non mirum eſt, ſi in eos pro furto pœna mortis ſit ſtatuta; diverſum tamen in liberis hominibus obtinet. Illud enim etiam jure cautum eſt, quod in omni delicto ſeverius ſervi, quam liberi homines puniri debent, *l. capitalium. 28. §. ult. ff. de pœn.*

Porro conſuetudo hæc, quæ pœnam pecuniariam in corporalem mutavit, optimo jure defendi poteſt propter frequentiam ſcilicet furtorum, quia frequentia hæc furandi teſtatur noviſſimis hiſce & deterrimis temporibus, levi animadverſione delictum hoc coërceri non poſſe. Sic enim & jure civili expreſſe deciſum eſt, quod maleficiorum ſupplicia exacerbentur propter frequentiam & iterationem delictorum, quoties nimirum multis perſonis graſſantibus & delinquentibus, ſeveriori exemplo opus eſt. *l. aut facta. 16. §. ult. l. capitalium, 28. §. ſolent. 3.* & *§. graſſatores. 10.* & *§. famoſos. 15. ff. de pœn.* ubi dicitur, quod latrones & graſſatores furca ſuſpendi, vel capite debent mulctari. *l. ſervos. 8. C. ad l. Jul. de vi publ.* Ad-

hæc

hæc in puniendo non tam res quæ violantur, quam qualitas delicti eſt conſideranda, an & quatenus rempub. lædat. Atqui fures non minus humanam ſocietatem violant, quam adulteri & homicidæ. Non enim tantum opus eſt tuto & concordi convictu, ac caſta conjugum conjunctione, ſed etiam diſtinctione dominiorum, & bonorum defenſione ad ſocietatem vitæ humanæ retinendam opus eſt: quam cum violent fures, merito exemplo homicidarum & adulterorum extremo ſupplicio afficiuntur. Pulchre *Weſemb. in parat. ff. de furt. num. ult. Forner. lib. 1. ſelection. c. 15.* & *22. Didac. Covarruv. lib. 2. var. reſol. c. 9. num. 7.* ubi eleganter tradit, jure civili Romano fures pœna mortis non puniri. per *d. auth. ſed novo jure. C. de furt.* ſed jure Longobardico feudorum pœnam mortis furibus irrogari. per *d. §. ſi quis quinque. lib. 2. feudor. tit. 27.* Atque ibi hanc pœnam juſte a repub. infligi propter delinquendi audaciam & proterviam ſcribit, ubi id variis gentium moribus & legibus comprobari adfirmat. Lege etiam XII tabularum furem nocturnum occidere licebat; diurnum autem, ſi cum telo ſe defenderet. *l. itaque. 4. §. 1. ff. de l. Aquil. l. furem. 9. ff. ad l. Corn. de ſicar.* Quin imo & qui arbores, & maxime vites ceciderint, puniuntur tanquam latrones. *l. 2. ff. arb. furt. caſ.* Quæ lex admodum dura & ſevera eſt, eamque adhuc in Saxonia ſervari intellexi.

ASSERTIO LVIII.

Actio injuriarum, qua agitur ad palinodiam ſeu revocationem injuriæ, civilis eſt, non criminalis.

QUæſitum eſt a DD. an actio injuriarum, qua agitur ad revocationem injurioſorum verborum, & reſtitutionem famæ læſæ, civilis vel criminalis cenſeatur. Et verior crebriorque eſt DD. ſententia, eam criminalem non eſſe. Eaque probatur hiſce quatuor firmiſſimis rationibus. Primo quia cum agitur ad reclamationem injuriæ, non poteſt dici, quod agatur ad aliquam pœnam fiſco applicandam, quod in criminali cauſa omnino eſt neceſſarium. *gloſſ.* & *Bart. in l. prætor. 2. ff. de ſepulch. viol.* Secundo etſi jure civili in cauſis criminalibus appellatio ſi permiſſa. *l. addictos. 6.* in fin. *C. de epiſc. audient.* moribus tamen Germaniæ non permittitur appellatio in criminalibus. Verum quia in actione injuriarum, qua agitur ad revocationem, recepto more judiciorum appellatur, conſequens eſt, eam non eſſe criminalem. Tertio in criminalibus judiciis procurator intervenire non poteſt. *l. penult. §. ult. ff. de publ. jud.* at in actione injuriarum reclamatoria procuratorem admitti conſtat. Quarto hoc privilegium criminali judicio datum eſt, ut eo pendente nulli civili quæſtioni locus ſit. *l. 2. §. item ſi extra. 5. verſ. ſed agant. ff. de jud.* Jam ſi actio injuriarum, qua agitur ad revocationem, criminalis eſſet, ſequeretur

tur eam cum civili, qua ad æſtimationem injuriæ contenditur, cumulari non poſſe, cujus tamen contrarium uſu obſervatur. Ex quibus omnibus liquido apparet, actionem injuriarum ad revocationem inſtitutam, potius civilem quam criminalem eſſe.

Objicitur huic aſſertioni, quod actio qua agitur ad palinodiam, infamat. Ergo criminalis eſt. Reſp. Hoc non ſequitur; nam & actiones mandati, depoſiti, de dolo, & aliæ quam plures infamant, nec tamen propterea ſunt criminales. Nam & eodem modo actio injuriarum etiam civiliter intentata infamat. *l. athletas.* 4. §. *fin. ff. de his qui not. infam.* §. *ex quibuſdam.* 2. *inſt. de pœnis temere litig.* ex quo tamen inferri non poteſt eam eſſe criminalem.

Secundo opponitur hoc argumentum. Actio, qua agitur ad revocationem injuriæ, continet pœnam, eaque pœna quia non eſt pecuniaria, neceſſe eſt corporalem eſſe. Atqui cum pœna ſit corporalis & deſcendat ex delicto, neceſſe eſt hoc judicium eſſe criminale. Reſp. Non poteſt dici judicium eſſe criminale, quia illud demum judicium eſt criminale, quoties corpus delinquentis punitur, aut pœna pecuniaria fiſco applicatur. arg. *l. locatio.* 9. §. *quod illicite.* 5. *ff. de publ. & vect.* Ita tradit *Bart. in l. ult.* verſ. *quare quomodo cognoſcam.* 2. *ff. de privatis delict.* & *l. prætor ait.* in princ. *ff. de ſepulch. viol.* Unde cum neutrum interveniat in actione injuriarum qua agitur ad reclamationem injuriæ, ſequitur non eſſe judicium criminale.

Tertio in contrarium adfertur *L.* 1. §. *ult. ff. de ſuſpect. tut. & curat.* ubi dicitur, quoties contra ſuſpectum tutorem agitur, ut puniatur, tunc eſſe judicium criminale, ideoque non ad prætorem, ſed præfectum urbi, qui tantum de criminibus cognoſcet, remittitur tutor puniendus. Reſp. Accuſatio ſuſpecti tutoris poteſt etiam criminaliter intendi, quo caſu ſi gravius deliquerit tutor, videtur etiam corporaliter puniendus. *l.* 3. §. *tutor.* 14. & 15. *ff. de ſuſpect. tut. & curat. l.* 1. §. *ſuſpecti.* 11. *ff. ad SC. turp.* Hanc ſententiam, quod civilis ſit actio, qua agitur ad polinodiam injuriæ, defendunt *Gail lib.* 1. *obſerv. cap.* 65. *Minſ. cent.* 2. *obſ.* 98. ubi notant hanc veriorem & receptiorem eſſe DD. opinionem, quæ in Camera imperii judicando obſervatur. *Weſemb. in parat. ad tit. de injuriis. num.* 18. & *conſ.* 22. *num.* 18. Diſſentit *Maran. in ſpec. aur. part.* 4. *diſt.* 1. *num.* 17. Unde & recte deciditur, quod cum hæc actio ſit civilis, quod in libello ſuper actione injuriarum, utrumque judicium, & quo agitur ad æſtimationem injuriæ, & quo ad reclamationem contenditur, cumulari poſſit. Sic *Boërius in conſuetud. Bituric. concluſ.* 1. tradit, quod in cauſa injuriarum agi poteſt ad binas emendationes, ad utilem ſcilicet, id eſt, pecuniariam, & ad honorariam, id eſt, ad reſtitutionem honoris ſeu reclamationem injuriæ, quod ſequitur *Gail* d. loco, & *Minſ. ad* §. *in ſumma. inſt. de injuriis.*

ASSER-

ASSERTIO LIX.

Crimen ſtellionatus infamat, ſi cum alia civili actione concurrat.

CAuſa propter quam irrogatur infamia, eſt dolus, vel ſimile delictum, quod in dolum cadit, veluti perfidia, ſtellionatus, impoſtura, perjurium. *l. furti.* 6. §. *ult. ff. de his qui not. infam.* Stellionatus dicitur omnis fraus & impoſtura, quæ proprium delicti nomen non habet, & idem eſt in criminalibus, quod in civilibus judiciis actio de dolo. *l.* 3. *ff. ſtellionat.* Damnatus igitur de crimine ſtellionatus infamis eſt. *l. quid ergo.* 13. §. *ult. ff. de his qui not. infam.*

Sed objicitur *l.* 2. *ff. ſtellion.* ubi dicitur, *judicium ſtellionatus non eſſe famoſum.* Reſp. Ex ſententia Johannis veteris gloſſatoris probata ab *Accurſ. in d. l.* 13. §. *ult.* quod tunc crimen ſtellionatus infamet, ſi concurrat cum alia civili actione famoſa, puta actione de dolo. *l.* 1. *ff. de his qui not. infam.* Sic ſi debitor actione ex ſtipulatu conventus ſolvit æs pro auro, quia ex hac cauſa actio de dolo famoſa competit, erit & crimen ſtellionatus famoſum. Similiter ſi quis merces quas mihi debebat ex ſtipulatu, dolo malo corrupit, & ſic tradidit, tenetur actione civili de dolo, quæ eſt famoſa. Igitur & hoc caſu erit judicium ſtellionatus famoſum. Si vero actio quæ cum hoc crimine concurrit, non eſt famoſa, crimen quoque ſtellionatus, non eſt famoſum. Ut puta ſi venditor ſciens rem alii obligatam, diſſimulata obligatione, per calliditatem alii diſtraxit, aut debitor rem alii obligatam alii ſciens dolo malo pignoravit, his caſibus non datur actio de dolo, ſed pignoratitia contraria, quæ actiones non ſunt famoſæ. Ergo nec crimen ſtellionatus erit ex iis cauſis famoſum. *l. tutor.* 16. §. 1. & *l. ſi quis in pignore.* 36. §. *ſed & ſi quis.* 1. *ff. de pign. act. l. ſtatu liberum.* 9. §. 1. *ff. de ſtatu lib.* fac. *l. infamem.* 7. *ff. de publ. jud.* ubi dicitur, quod quando publicum judicium ſeu crimen concurrit cum privato judicio, quod infamiam irrogat, tunc etiam judicium publicum infamiam condemnato importat. Ita poſt Accurſium diſtinguunt *Cujac. lib.* 10. *obſ. c.* 26. *Duar. lib.* 1. *anniverſ. diſput. c.* 42. *Joannes. Robert. lib.* 4. *ſentent. juris. c.* 17. Aliter ſentit *Anton. Faber lib.* 3. *conject. c.* 2. qui crimen hoc ſtellionatus ſemper famoſum eſſe contentendit, & in *d. l.* 2. *ff. ſtellion.* expungit negationem.

ASSERTIO LX.

Reus accuſatus in criminalibus cauſis, præcedente juramento calumniæ de veritate dicenda, propoſitionibus accuſatoris reſpondere non tenetur.

PRobatur & ſtabilitur hæc concluſio in *c. quis aliquando. de pœnitent. diſt.* 1. & in *c. ſi peccaverit.* 2. *quæſt.* 1. ubi habetur, quod *quis non tenetur ſe prodere & proprium delictum manifeſtare.* text. in *l.* 1. *ff. de bon. cor. qui ſibi mort. &c.* & in *l. qui cum major.* 14. §. *ſi patris.* 7. *ff. de bon. libert.* & in *l. tranſigere.* 18. *C. de tranſact.* ubi ſtatuitur, quod qualitercumque licitum eſt unicuique ſanguinem ſuum redimere. Hanc etiam opinionem probat textus ſingularis in *l.* 4. *ff. de teſtib.* ubi conſanguineus intra certum gradum ibi definitum non cogitur dicere teſtimonium contra conſanguineum. Ergo multo minus ipſe delinquens accuſatus non debet cogi dicere contra ſe teſtimonium. Hanc ſententiam defendunt *Bald. in l.* 2. §. *quod obſervari. C. de jurejur. propt. calumn. dand. Hippo. de Marſ. in pract. crim.* §. *poſtquam.* 1. *col. Jul. Clar. in pract.* §. *ult. quæſt.* 45. verſ. *ſed quæro.* Contrariam ſententiam ſequitur *Gomeſ. tomo* 3. *variar. reſolut. c.* 12. *de probat. delict. num.* 5. Adde pro prædicta ſententia hanc firmam & evidentem rationem, quod judex non debet a reo exigere juramentum, ex quo præſumtio perjurii exurgit, & periculum lædendæ conſcientiæ emergit. arg. textus in *c. clericos. extr. de cohab. cler. & mulier.* Atqui in hoc caſu maxima daretur occaſio perjurii, quia reus non præſumitur facile tale teſtimonium contra ſeipſum perhibere, ex quo ſibi ipſi poſſet creare pœnam mortis, vel aliam graviorem pœnam corporalem.

Sed in contrarium adfertur *l.* 1. & 2. *C. de jurejur. propt. calumn. dand.* ubi traditur, quod generaliter in omnibus cauſis tam civilibus, quam criminalibus, habet locum juramentum calumniæ, cujus duo ſunt principalia ſubſtantialia membra. Primum eſt, quod actor ſeu reus juret ſe fovere juſtam cauſam; ſecundum eſt, quod interrogatus in qualibet parte litis dicet veritatem. Reſp. Iſtæ leges debent intelligi in juramento calumniæ reſpectu primi articuli, quod ſcilicet jurent litigantes ſe fovere juſtam cauſam, & dolum vel calumniam in lite non commiſſuros. Non vero tenentur jurare, quod interrogati adſtringantur reſpondere de veritate dicenda.

Secundo objicitur *l. Marcellus.* 11. §. 1. *ff. de act. rer. amot. l. lex Cornelia.* 5. §. *hac lege.* 8. *ff. de injur.* quod in actione rerum amotarum, & injuriarum, quæ deſcendunt ex delictis, habet locum delatio hujus juramenti. Reſp. Illæ leges habent locum in juramento judiciali, quod defertur a parte parti, & imponit finem liti & cau-

ſæ

ſæ inſtitutæ; aliud vero obtinet in juramento calumniæ de veritate dicenda.

Tertio opponitur *l.* 3. §. *quacunque*. 1. *ff. de jurejur.* ubi aſſeritur, quod in qualibet actione, ſive rei perſecutoria, ſive pœnali, cogitur quis jurare. Reſp. Ille locus intelligendus eſt de juramento litis deciſorio, quod judiciale vocant DD. quo tota lis dirimitur, non vero de juramento calumniæ. Deinde procedit ille textus in cauſis civilibus tantum, non in criminalibus: nam in hiſce cauſis decidendis non eſt locus delationi juramenti, ſed actor crimen quod intendit, liquidiſſime docere, & probationes meridiana luce clariores adferre tenetur. *l. ult. C. de probat.*

Quarto adverſatur *l.* 1. & totus. *tit. ff. de quæſt.* ubi ſtatuitur, quod per tormenta cogitur quis reſpondere de veritate ſuper facto proprio. Ergo a fortiori tenetur reſpondere interrogatus cum juramento. Reſp. Hoc locum obtinet, quando reus juſtis ſuſpicionibus eſt gravatus, & de delicto graviter diffamatus: tunc enim quia contra illum vehementes militant præſumtiones, tenetur ſe a præcedente diffamatione & juſtis ſuſpicionibus purgare, ac præſtito juramento calumniæ veritatem ſincere confiteri, licet ex hoc incurreret pœnam mortis.

ASSERTIO LXI.

In criminalibus judiciis ex ſolis præſumtionibus nemo condemnari poteſt.

QUæſitum eſt a DD. utrum ex argumentis & præſumtionibus reus, qui neque confeſſus, neque convictus eſt, condemnari poſſit. Et verior, legibuſque magis eſt conſentanea ſententia, quod ex indiciis & præſumtionibus reus aliqua pœna condemnari non poſſit, ſed tamen quod veriſimilia indicia & probabilia argumenta ad torturam ſufficiant. Quod ſi vero conditio cauſæ id non patiatur, reus eſt abſolvendus. Prima pars deciſionis probatur per *l. qui ſententiam.* 16. *C. de pœn.* & *l. ult. C. de probat.* ubi ſtatuitur, quod in criminalibus cauſis non eſt perveniendum ad pœnalem ſententiam, niſi reus fuerit maleficium confeſſus, vel clariſſimis probationibus convictus. His addenda eſt *l. abſentem.* 5. *de pœn.* ubi expreſſe traditur, neminem ex ſolis ſuſpicionibus de crimine eſſe damnandum. Altera pars deciſionis fundatur in *l. milites.* 8. §. *oportet.* 1. *C. de quæſtion.* ubi dicitur, argumentis veriſimilibus & legitimis indiciis convictos, inveſtigandæ veritatis gratia tormentis eſſe ſubjiciendos, ſi perſonarum conditio hoc patiatur. Huc facit *l. unius* 18. §. *reus.* 1. *ff. de quæſt.* ubi Paulus JC. inquit, quod *reus evidentioribus argumentis oppreſſus in quæſtionem repeti*

poteſt. Non dicit condemnari debet, ſed iterum torqueri, *ſi in tormenta animum corpuſque duraverit.*

E contrario quod ex ſolis præſumtionibus quis condemnetur in criminalibus cauſis, probatur ex *l. ſi qui adulterii.* 34. & *auth. ſi quis ei. C. ad l. Juliam de adult.* ubi ſtatuitur, quod ſi quis repulit crimen adulterii, quia dicebat ſe conſanguinitate junctum eſſe mulieri, ſi poſtea reperitur uxorem illam ducere in matrimonium, punitur tanquam convictus de crimine adulterii. Reſp. Hoc ſpecialiter ibi conſtitutum eſt in odium eorum, qui cognationis prætextu adulterium celare ſtudent. Unde ad alios caſus omnes id generaliter producendum non videtur.

Secundo in contrarium adfertur *l. 1. C. ad l. Corn. de ſicar.* ubi ex gravi percuſſione ex qua mors ſecuta eſt, tenetur quis pœna homicidii, niſi probet non occidendi animo hominem a ſe percuſſum. Item *l. ſi non convicii.* 5. *C. de injur.* ubi ſi quis protulit in alium convicia, tenetur actione injuriarum, niſi probet ſe non injuriandi animo dixiſſe. Reſp. Illæ leges non probant quenquam ex ſolis præſumtionibus eſſe damnandum, ſed iſtud tradunt, ubi conſtat crimen homicidii vel injuriarum eſſe commiſſum, reum eſſe damnandum, niſi ipſe probaverit vera eſſe, quæ ad defenſionem ſuam allegat, veluti ſe caſu vel defendendæ vitæ ſuæ gratia occidiſſe, vel injuriandi animum non habuiſſe.

Tertio obſtat *l. ult. C. de probat.* ubi dicitur, etiam *indicia indubitata* ſufficere ad condemnationem in criminalibus cauſis. Reſp. Ibi *indicia* non ſignificant præſumtiones juris, ſed indubitata & neceſſaria ſeu certiſſima argumenta: quando ſcilicet lex aliquid præſumit & ſtatuit, & ſuper eo certum jus fundat, quæ vocantur præſumtiones juris & de jure, ut in caſu *legis ſi qui.* 34. *C. ad l. Jul. de adult.* ubi, qui accuſatus de adulterio, excuſat ſe prætextu conſanguinitatis, ſi poſtea cum eadem contrahat matrimonium, inducitur violenta præſumtio a lege, per quam condemnatur pœna adulterii. Hanc ſententiam, quod ex præſumtionibus non poſſit aliquis condemnari in cauſis criminalibus, amplectuntur *Gomeſ. tomo 3. variar. reſol. c. 12. num. 25. Fachin. lib. 1. controv. juris. c. 29. Oldendorp. in tractat. de probat. Duaren. l. 10. eod. tit.*

ASSERTIO LXII.

Etiam involuntaria quædam delicta coercentur.

QUod delicta involuntaria, hoc eſt, non conſulto & data opera, ſed per imprudentiam commiſſa, jure civili etiam coerceantur, demonſtratur primo ex definitione legis tradita a Papiniano in *l. 1. ff. de legib.* ubi lex definitur, quod *ſit delictorum, quæ ſponte vel per ignorantiam committuntur, coercitio.* Secundo idem

idem expreſſe & diſerte confirmat *l. 2. ff. de term. mot.* ubi illi qui per ignorantiam vel caſum fortuitum terminum agri loco moverunt, vel lapides finales abſtulerunt, verberibus coërcentur. Tertio hanc ſententiam comprobat *l. qui ædes. 9. ff. de incend. ruin. naufr.* ubi ſtatuitur, quod qui caſu quodam, non conſulto & data opera ædes ſtruemve frumenti combuſſit, in eum eſt actio in duplum, vel ſi non eſt ſolvendo, extra ordinem coërcetur. Quarto confirmatur hæc ſententia etiam jure divino: nam ut *Deuteron. cap.* 19. ſancitur lege divina ſex civitates, tres ultra & tres citra Jordanem, deſtinantur exilio voluntario, quo illi plectuntur, qui fortuito & per imprudentiam homicidium commiſerunt, & propter involuntaria homicidia in haſce civitates ſecuritatis cauſa ſe recipientes a pœna mortis liberantur.

Sed prædictæ deciſioni vehementer obſtare videtur *l. Divus.* 14. *ff. ad l. Corn. de ſicar.* ubi traditur, quod *in maleficiis voluntas, non exitus ſpectatur:* hoc eſt, ſi quis non habuit animum & propoſitum delinquendi, licet ille alteri injuriam intulerit, vel damnum dederit, hoc factum, quia abfuit animus & voluntas peccandi, non meretur pœnam. Reſp. Non ſolum crimina & delicta admitti cenſentur conſulto & data opera, ſeu per dolum & malitiam ad delinquendum deſtinatam, ſed etiam quandoque per imprudentiam & ignorantiam delinquitur: nam & in ignorantia quædam culpa intervenit. Quæ culpa tunc maxime punitur, ſi maxima & ſupina negligentia, vel laſcivia in peccando admiſſa ſit. *l. 4. §. 1. ff. ad l. Corn. de ſicar.* Quin imo & in eum qui leviore culpa deſiquit, competit ex lege Aquilia actio. *l. qui occidit.* 30. §. *penult. ff. ad l. Aquil.* Hinc & homicidium caſu factum legibus punitur, ut manifeſte probat *l. aut facta.* 16. §. *eventus.* 8. *ff. de pœn.* ubi traditur, quod homicidia caſu fortuito admiſſa, ſeu ab homine clementiſſimo perpetrata in eum, quem quis nullo modo oderat, puniuntur voluntario exilio. Plane uno ſingulari caſu, quando in homicidio omnis voluntas occidendi abfuit, cenſetur omnino pœna homicidii remittenda. Quod accidit, cum in colluctatione vel publico certamine, vel in campo ſagittario, dum pugiles & ſagittarii ſe exercent, aliquis alterum occidit, quia gloriæ cauſa aut virtutis, non vero contumeliæ aut injuriæ gratia videtur damnum datum, aut cædes perpetrata. textus eſt in *l. 7. §. ſi quis in colluctatione. 4. ff. ad l. Aquil.* Qua de re pulchre Plato in ſuis legibus ſancivit, hoc modo: *Si quis in colluctatione vel publicis certaminibus aliquem amicum occiderit, purus & inſons eſto.* Elegante *Cujac. lib. obſ.* 19. *c.* 10.

Assertio LXIII.

Etiam cœptum, ſed nondum conſummatum crimen punitur.

JUre Romano non tantum effectus punitur, ſed etiam conatus & voluntas. Unde *Seneca* recte ſcriptum reliquit *declam. 7. Scelera quamvis citra exitum ſubſederint, puniuntur.* Quod & confirmatur *l. 1. C. Theod. ad l. Jul. de amb.* hiſce verbis: *Pari ſorte leges ſcelera puniunt, & ſceleris voluntatem.* Porro & jure noſtro Cæſareo expreſſis textibus approbatur hæc deciſio, & primo per *l. quiſquis. 5. C. ad l. Juliam majeſtatis.* ubi traditur, quod *eadem ſeveritate, voluntatem ſceleris, qua effectum, puniri jura voluerunt.* Secundo eadem ſententia corroboratur in *l. 1. ff. de extraord. crim.* ubi ſtatuitur, quod *ſollicitatores alienarum nuptiarum, etiamſi adulterium perpetrare non potuerint, tamen propter voluntatem perniciosa libidinis extra ordinem coërcentur.* Tertio convincitur hæc aſſertio per *l. ſi quis non dicam. 5. C. de epiſcop. & cleric.* ubi pari pœna plectitur, qui rapuit monialem aut veſtalem virginem, & qui nuptias ejus attentavit. Quarto hæc concluſio ſtabilitur ex eo, quod qui alienum ſervum corrumpere tentavit, punitur in duplum actione de ſervo corrupto, ideo quia conſilium corruptoris ad perniciem probitatis ſervi introductum eſt. textus eſt in *l. ſi quis. 20. C. de furt.* Quinto & conſilium voluntaſque ſola proditoris patriæ punitur, licet crimen non ſit peractum, cum talis ſit læſæ majeſtatis reus in *d. l. quiſquis.* Sexto ſolus conatus punitur in parricidio, quando *filius venenum emit, ut patri daret, quamvis dare non potuerit. l. 1. in fin. ff. ad l. Pompejam de parricid.* Denique certa & generalis juris regula eſt, quod *in atrocioribus criminibus, qua & naturali & civili jure damnantur, conatus & voluntas pro delicto punitur, licet delictum non ſit ad exitum vel effectum perductum.* Ita notat gloſſ. communiter approbata in *l. 1. §. hac autem verba. ff. quod quiſque jur. in alter. &c.*

Hujus rei memorabile exemplum refert *Bodin. lib. 4. de repub. c. ult.* ubi ita ſcribit: *Cum nobilis quidam Normannus apud nos fraterculo ſodali confiteretur ſe Franciſcum Regem Galliæ occidere voluiſſe, nihil tamen auſum eſſe & flagitioſa voluntatis ſponte pœnitere, ſodalis reo confitenti ac ſcelus deprecanti, quantum quidem poterat, ignovit: eundem tamen paulo poſt ad Regem detulit, qui reum comprehenſum ad curiam Pariſiorum mitti juſſit: Curia capitali ſupplicio, quaſi perduellionis convictum, damnavit.* ubi ſubjungit Bodinus: *Prudentius tamen, opinor, Rex ignoviſſet, quia cogitationis illius ac voluntatis, quam propter ſcelerum atrocitatem leges coërcent, hominem pœnituiſſet, ac ſui ipſius proditor*

&

& accuſator prius extitiſſet, quam accuſaretur. per *l. cogitationis.* 18. *ff. de pœn.*

Verum adverſatur huic ſententiæ *d. l.* 1. §. 1. *ff. quod quiſque jur. &c.* ubi dicitur, non rem cœptam, ſed perfectam & conſummatam legibus puniri. Idem confirmat *l. impuberem.* 22. §. *& ſi ei ſervo.* 4. *ff. ad l. Corn. de falſ.* ubi traditur, licet quis quoad cogitationem animi nocens ſit, tamen quia effectus non eſt ſecutus, pœnæ eximendus eſt. Quod & comprobat *l. cogitationis.* 18. *ff. de pœn.* ubi ſtatuitur, quod cogitationis pœnam nemo pati debeat. Ex quibus omnibus liquido patet, quod conatus jure civili non puniatur, quando crimen non eſt conſummatum, & ad effectum deductum. Reſp. Prædicta regula qua definitur, quod cœptum & inchoatum crimen etiam puniatur, licet effectus non ſit ſecutus, procedit tantum in delictis atrocioribus. Atqui in levioribus criminibus ex ſolo conatu pœna legibus non irrogatur, ſed ibi locum habet hæc regula, quod conatus non punitur pro delicto, quando injuria non habet effectum. *d. l.* 1. §. *ult. ff. quod quiſque jur. &c.* ubi hæc recitantur verba: *Quid enim obfuit conatus, cum injuria nullum habuit effectum?* Ita notat *gl.* communiter probata *in l.* 1. §. 1. *ff. quod quiſque jur. &c.* Aſſentitur *Cujac. lib.* 15. *obſ. cap.* 25.

Secundo objicitur argumentum ex Theologia petitum. Non eſt rationi conſentaneum, ut cogitationes ſeu phantaſiæ committendorum peccatorum, quæ temere volutantur in mente & cerebro hominis, & tandem evaneſcunt, pro concupiſcentiis damnentur, quarum ſedes eſt in corde. Reſp. Hic eſt quæſtio de ejus generis phantaſiis & cogitationibus, quæ dum mentibus obverſantur, ſimul animum cupiditate mordent & feriunt, quandoquidem nunquam venit in mentem operari aliquid, quin ſimul cor excitatum ſaliat. Ita reſpondet *Calvin. lib.* 2. *inſtitut. Chriſt. relig. cap.* 8. *num.* 50. Hinc *Theodoro Balſamo in cap.* 4. *Neocæſariana ſynodi* vere & ſcite tradit, quatuor eſſe peccatorum gradus, objectum ſeu primum motum, luctationem, aſſenſionem & actum. Priora duo, quia primi animorum motus non ſunt in noſtra poteſtate, ſunt extra noxam; poſteriora vero punienda ſunt, Ita eleganter notat *Fornerius ad l. fugitivus.* 225. *ff. de verb. ſign.* Vide *Menoch.* de hac quæſtione, *de arbitrar. jud. quæſt. caſ.* 360. ubi explicat, conatus ad delictum quando & qua pœna puniatur. Facit huc locus qui extat apud Arnobium *lib.* 8. *contra gentes.* dum inquit: *Vos ſcelera admiſſa punitis, apud nos & cogitare peccare eſt.*

ASSERTIO LXIV.

Si aliquis ex domo inimici ſui evaginato & ſanguinolento gladio profugit, iſque mox repertus ſit vulneratus aut interfectus, hoc ſufficiens indicium eſt ad inducendam condemnationem.

COmprobatur hæc aſſertio ex eo quod traditur in *l. ult. C. de probat.* ubi aſſeritur, quod in criminalibus cauſſis ad condemnationem ſufficiant indicia certa & indubitata. Atqui hæc prædicta indicia prorſus cenſentur eſſe indubitata, quæ omnino movent & arctant judicem ad credendum, ita ut non poſſit in contrariam partem inclinare. Si enim aliquis reperiatur eſſe occiſus in domo ſua, nec tamen teſtes adſint, qui viderint illum occidi, ſed reperiantur aliqui, qui viderint inimicum ex domo ejus profugientem cum evaginato & ſanguinolento gladio, certe hæc tria ſigna & indicia, quod inimicus fuerit, quod fugerit, quod ſanguinolento ſtrictoque gladio armatus fuerit, ſunt apertiſſima & indubitata ſigna, quæ ſufficiunt ad aliquem condemnandum pœna mortis. Ita tradunt *Bart. in l. 3. ff. de furt. nr n. 1. Bald.* & *Salyc. ad l. ult. C. de probat.* qui referunt, antiquum doctorem quendam Bononienſem, Piperatam nomine, publice diſputando hanc ſententiam obtinuiſſe. Quæ etiam confirmatur hoc argumento, quod in cauſis criminalibus exigantur probationes non ſolum ab accuſatore, ſed etiam a reo. *l. ult. C. de abolit.* Itaque ſi aliquo caſu reus tenetur probare, præcipue hoc caſu tenetur, quo contra ipſum tam violentæ & magnæ præſumtiones concurrunt ex indiciis manifeſtis, quæ efficaciter animum judicis movere poſſunt ad condemnandum. Denique pro hac aſſertione plurimum facit, quod cum indicia manifeſta ad condemnationem inducendam ſufficientia, non ſint ſpecialiter legibus prodita, conſequens eſt, ut arbitrio judicis ea committantur. per *l. 1.* in fin. *ff. de jur. delib. l. 3. §. ejuſdem. 1. ff. de teſtib.* Unde cum leges hæc indicia arbitrio & poteſtati judicis permittant, certe hoc arbitrium prorſus tolleretur, ſi ex tam manifeſtis prægnantibuſque & indubitatis ſignis & indiciis, non poſſet judex reum criminaliter condemnare.

Opponitur huic deciſioni *d. l. ult. C. de probat.* ubi lex ait in criminalibus cauſis requiri indicia indubitata & meridiana luce clariora. Reſp. Ea dicuntur indicia indubitata, quæ urgent animum boni & conſtantis judicis ad credendum, eaque ſufficiunt ad condemnationem etiam in criminalibus cauſis. Atqui hæc prædicta indicia certo inflectunt animum judicis ad fidem accuſationi adhibendam. Neque enim requirimus in judiciis criminalibus tam neceſſarias probationes, ut ſunt demonſtrationes mathematicæ.

Alio-

Alioquin nemo unquam condemnaretur, & nulla probatio ſufficeret, cum & teſtes poſſint eſſe falſi, & inſtrumenta eodem vitio laborare. Ideoque in propoſito caſu putarem reum pœna capitali condemnandum, niſi indicia objecta purgaret, & innocentiam ſuam oſtenderet. Hanc ſententiam tuentur *ad d. l. ult. Bald. Salyc.* & noviſſime *Pacius*: a quibus diſſentit *Gandinus in tract. de maleſic. rubr. de præſumtion. Angel. ad l. ult. C. quod met. cauſ.*

ASSERTIO LXV.

Mandans aliquem vulnerari, ſi ſequatur mors ex vulnere, non tenetur ordinaria pœna legis Corneliæ, ſed arbitraria.

ARgumentum hujus deciſionis hoc eſt, quia in lege Cornelia non punitur culpa, ſed dolus. *l. in lege. 7. ff. ad l. Corn. de ſicar.* Atqui talis mandans non eſt in dolo, ſed in culpa, quæ quidem culpa non ſufficit, ut legi Corneliæ ſit locus. Addi poteſt & hæc ratio, quia, cum diligenter mandati fines in contractibus & privatis negotiis ſint cuſtodiendi, multo magis in delictis & criminibus mandati limites ſtricte & præciſe ſunt obſervandi. Facit huc etiam *l. 3. §. adjectio. 2.* verſ. *ſed ex SCto. ff. d. tit.* ubi ſcriptum extat, quod *ea juſſa fuit relegari, quæ non quidem malo animo, ſed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo ea quæ acceperat, deceſſit.*

Objicitur *l. nihil intereſt. 15. ff. ad l. Cornel. de ſicar.* ubi dicitur, *nihil intereſſe, an quis occidat, an vero mortis cauſam præbeat.* Reſp. Hic mandans non præbuit cauſam, ſed tantum occaſionem homicidii, quia juſſit & voluit vulnerari, non occidi. Hæc duo, cauſa ſcilicet & occaſio longe inter ſe differunt. Cauſa non poteſt eſſe ſine effectu, ſed occaſionem quis poteſt præbere facto, licet factum vel eventus non ſequatur. Contra ſolutionem inſtatur ex *l. qui occidit. 30. §. penult. ff. ad l. Aquil.* ubi dicitur, quod *qui occaſionem damni præſtat, damnum feciſſe videtur.* Reſp. Hoc procedit in lege Aquilia, in qua non tantum dolus, ſed etiam culpa punitur.

Secundo adverſatur *l. ſi quis aliquid. 38. §. qui abortionis. 5. ff. de pœn.* ubi qui poculum abortionis vel amatorium alicui dedit, licet dolo caruit, tamen in metallum damnatur, & ſi homo ex eo perierit, ultimo ſupplicio adficitur. Reſp. Illa res eſt plena mali exempli, & longe gravius eſt veneno hominem e medio tollere, multoque pernicioſior eſt humano generi mors, quæ veneno infertur, quam quæ armis vel gladio intentatur, textus eſt notabilis in *l. 1. C. de maleſic. & mathem.* Ratio eſt, quia contra veneficia nemo ſibi facile præcavere aut providere poteſt. Atqui contra apertam

vim armis intentatam vel fuga, vel juſta armorum defenſione ſe quis tueri poteſt, & ita cædem violentam declinare, & vim illatam propulſare.

Ultimo objicitur, quod vulgo dicitur, *rei turpis nullum eſt mandatum, nec vires aliquas habet. l. ſi remunerandi. 6. §, rei turpis. 3. l. ſi mandavero. 22. §. qui ædem. 6. ff. mandat.* Ergo nec mandanti delictum pœna extraordinaria eſt irroganda. Reſp. Hæc non ita ſunt accipienda, ut mandator impunitatem delicti ſperet, quaſi non mandaverit: at eo pertinent, ne ullum ex eo mandato oriri poſſit judicium inter mandantem & mandatarium. Interim non obſtat, quo minus contra mandantem delictum ejus nomine agatur, qui ejus mandato vulneratus vel occiſus eſt. Poſtremo notandum. quod aliud jure canon. deciſum eſt. Ibi enim ſtatuitur, quod ſi quis mandet aliquem vulnerari, & mandatarius occidat, quod mandans teneatur de occiſo, *c. ult. de homicid. in 6.* Cujus deciſionis hæc ratio ibi redditur, *quod mandans fuerit in culpa, & hoc evenire poſſe debuerit cogitare.* Hanc deciſionem tuentur, *Fachin. lib. 1. controv. jur. cap. 36. Menoch. de arbitr. jud. caſ. 352. Vaudus lib. 2. quæſt. cap. 5.*

ASSERTIO LXVI.

Confeſſio vulnerati in articulo mortis, non eſt ſufficiens indicium ad torturam.

QUod confeſſio vulnerati in articulo mortis edita, non præbeat ſufficiens indicium ad torturam, probatur manifeſte per *l. 3. §. ſi quis moriens. 1. ff. ad SC. Syllan.* ubi inquit Ulpianus, *non eſſe credendum domino, ſi moriens dixit a ſervo vim mortis ſibi eſſe illatam, niſi & hoc potuerit probari.* Si ergo morientis domini confeſſio non poteſt præjudicare vel periculum adferre ſervo, ad hoc ut ex ea tormentis poſſit ſubjici, multo minus extranei morientis confeſſio gravabit alium, ut contra eum ad torturam procedi poſſit, præſertim cum ſit immenſa poteſtas domini in ſervos, & ſint eis ſervorum mores & facta maxime explorata. Et hæc ſententia uſu forenſi paſſim recepta & approbata eſt, teſte *Claro in recept. ſententiis, quæſt. 21. verſ. aſſertio vulnerati. Menoch. de præſumt. lib. 1. quæſt. 89. num. 79. Boër. 10. deciſ. 90. num. 7.*

In contrarium adfertur *l. ult. C. ad l. Jul. repet.* ubi dicitur, quod nemo præſumitur eſſe ſalutis æternæ immemor, præſertim in mortis articulo. Unde nemo præſumitur facile mentiri, & alicui moriturus periculum capitis & vitæ velle inferre. Reſp. Non eſt præſumendum morientem velle mandacium in alicujus perniciem proferre, & ita impœnitentem in peccato mortali diſcedere: attamen nemo eſt tormentis & quæſtionibus ſubjiciendus, niſi certa

&

& aperta argumenta & indicia ſit in promtu, quibus judex ſufficienter inducatur ad torturam decernendam. Non præbet autem certum & probabile indicium ad torturam morientis confeſſio.

ASSERTIO LXVII.

Fures de ſe confeſſi non debent de ſociis per torturam interrogari.

Fundatur & comprobatur hæc aſſertio in *l. repeti.* 16. §. 1. *ff. de quæſt.* & *l. ult. C. de accuſat.* quibus legibus aperte deciditur, de ſe confeſſos non debere de aliorum criminibus per torturam interrogari. Subjungiturque ratio in *d. l. ult.* ne cum propriam ſalutem in diſcrimen induxerint, aliorum vitæ intentent. Sed huic ſententiæ repugnare videtur *l. Divus. 6. verſ. ſed & caput. ff. de cuſt. & exhib. reor.* ubi in hæc verba reſcribitur: *D. Pius ſub edicto propoſuit, ut Irenarchæ cum apprehenderint latrones, interrogent eos de ſociis & receptatoribus.* Cum qua ſententia concordat *l. provinciarum,* 10. *C. de feriis.* ubi ſtatuitur, quod a latronibus proditio ſceleratorum conſiliorum per tormenta exquirenda eſt. Reſp. Illæ leges diſponunt & loquuntur de latronibus, qui a furibus diſtinguuntur: gravius namque & atrocius crimen eſt latrocinii, quam furti, cum latrones vias obſideant, prædentur & eripiant per vim non ſolum bona viatorum, ſed etiam in vitam eorum ſæviant: atqui fures clam tantum bona & facultates auferunt. Itaque in crimine latrocinii poſſunt latrones interrogari de ſociis, per tormenta de ſe confeſſi, quia tale crimen abſque ſociorum conſpiratione raro committitur; fures vero in caput ſociorum torqueri non poſſunt. Hanc ſententiam defendunt & tuentur *Salycet. in l. ult. C. de accuſat. Gomez. in var. reſol. cap. de probat. delict. num.* 16. *Fachin. lib. 9. controv. jur. cap.* 92. Porro ita demum debet confeſſus de crimine latrocinii ſuper aliorum conſcientia interrogari, ſi aliqua præcedat præſumtio, puta publica fama; tunc enim ſocio accuſato injungenda eſt criminis purgatio. *l. 1. C. de quæſtion.*

Secundo adverſatur hæc ratio, quod congruit officio præſidis purgare provinciam malis hominibus, *l. 3. ff. de off. præſ.* ideoque debet judex furem de ſociis interrogare, præſertim cum talia furta ſint, ut ſine ſociis non committantur, ut ſcilicet alii quoque criminis participes puniantur. Reſp. Id debet præſes curare & exequi juxta modos a jure permiſſos. Jura autem non permittunt de ſe confeſſos de aliis interrogari, niſi in criminibus exceptis, inter quæ furtum non numeratur.

Tertio objicitur *l. qui ultimo.* 29. in fin. *ff. de pœn.* ubi traditur *damnatos ſæpe etiam ideo ſervari ſolere poſt damnationem, ut ex his in alios quæſtio habeatur.* Reſp. Intellectus illius legis re-

ſtringendus eſt ad crimina excepta, juxta mentem *Salyc. in d. l. fin. num.* 4.

Quarto opponitur *l. prius.* 17. *ff. ad SCtum Syllanian.* ubi traditur ſervum de nece domini inquiſitum, ob hoc ſolum, quod de ſe confitetur, poſſe de mandante interrogari, ut indicet, cujus mandato fecerit, prout aſſerunt & tenent *Thom. Grammat. deciſ.* 28. *num.* 11. *Menoch. de arbitrar. jud. caſ.* 474. *num.* 36. Reſp. Illa lex intelligenda eſt, quando contra aliquem ſocium particularem, vel contra mandantem præcedunt indicia, quia tunc poteſt de nece domini inquiſitus nedum interrogari de conſociis, verum etiam torqueri. Ita reſpondet *Ludov. a Peguera in deciſ. criminalibus, quæſt.* 5. *num.* 10.

ASSERTIO LXVIII.

Judex in arbitrariis criminibus poteſt imponere pœnam mortis.

Quæritur & contenditur acriter a DD. an in criminibus, quæ judicis arbitrio committuntur punienda, poſſit judex extendere arbitrium ſuum uſque ad pœnam mortis naturalis. Et verior eſt ſententia, quod judex in criminibus, in quibus pœna ejus arbitrio infligenda committitur, poſſit imponere pœnam uſque ad mortem naturalem. Quæ ſententia variis legibus confirmatur, & primo per *l. ſunt quædam.* 9. *ff. de extrad. crimin.* ubi eſt textus expreſſus, quod judex poteſt pœnam capitis, & ſic mortis infligere illi, qui alteri mortem minatus eſt. Secundo eadem ſententia confirmatur per text. in *l. lex Julia.* 7. §. *hodie.* 3. *ff. ad l. Jul. repet.* ubi ſtatuitur, quod judex qui pecuniam accepit ad hominem necandum, vel calore iracundiæ contra innocentem pœnam mortis protulit, capite ſit puniendus. Tertio ſuffragatur huic aſſertioni *l. ſacrilegii. ff. ad l. Jul. peculat.* ubi ſcribit Ulpian. proconſulem ſacrilegos plectere, ut aliquos ad beſtias damnet, alios igne comburat, alios vero in furcas ſuſpendat. Denique hanc ſententiam approbat *l.* 1. & 2. *C. de his qui latron. vel al. crimin. reos occult.* ubi contra eos qui latrones vel homicidas occultant, pœna mortis decernitur. Ex quibus legibus perſpicue patet, quod in criminibus quæ arbitrio judicis punienda committuntur, vel quibus pœna extraordinaria irrogatur, judex pœnam ad mortem extendere poſſit.

Sed adverſatur huic ſententiæ *l.* 1. *ff. de furib. balnear.* ubi dicitur, quod fures nocturni puniuntur extra ordinem, verum eorum pœna non debet excedere opus publicum temporarium. Ideoque non poteſt pœna ad mortem in arbitrariis criminibus extendi. Reſp. Hoc fit propter criminis levitatem, ſcilicet furtum, quia

hoc

hoc jure civili non punitur capitaliter, vel pœna mortis. Atqui in gravioribus criminibus, ubi atrocitas delicti id exigit, judex uſque ad mortem pœnam extendere poteſt. Adde quod JCtus in *d. l.* 1. limitet & reſtringat poteſtatem judicis ad opus temporarium. Cum ergo judex habeat poteſtatem limitatam, non poteſt pœnam a lege impoſitam exedere. Alioqui ſi tam magna eſſet gravitas & atrocitas delicti, ut mereretur mortem, liceret judici arbitrium ad mortem extendere. Sic ſi quis judicem ſedentem pro tribunali vulneret, imo vel alapam ei infligat, pœna capitali propter atrocitatem criminis mulctari poſſet. Ita decidit *Bald. in c.* 1. §. *injuria. de pac. juram. firm.* Approbat *Maran. in diſputat. legal. diſput.* 3. *num.* 13.

Secundo opponitur *l.* 1. §. *expilatores.* 1. in fin. *ff. de effractor.* ubi ſtatuitur judicem poſſe ex arbitrio ſuo effractores, qui effringunt fores ut furentur, punire, eo quod in eos nulla ſpecialis pœna legibus impoſita eſt: ſed tamen non poteſt in plebejis excedere operis publici pœnam, in honeſtioribus vero relegationis pœnam. Reſp. Lex etiam in eo caſu reſtrinxit & limitavit poteſtatem judicis, ut opus temporarium vel relegationem egredi non poſſit. Unde in his caſibus, quibus judicis poteſtas ad certam pœnam eſt reſtricta, judex non habet licentiam procedendi uſque ad mortem ex arbitrio. Ad hæc generaliter ſtatuendum eſt, non aliter judici licere pœnam uſque ad mortem extendere, niſi crimen ſit tam atrox & enorme, ut pœnam mortis mereatur, vel niſi pro ſimili delicto commiſſo ſoleat in illo loco infligi & imponi pœna mortis. arg. *l. ſunt quædam.* 9. verſ. *hanc rem. ff. de extraord. crim.* cujus verba ſunt: *Hanc rem ſolent præſides graviter exequi uſque ad pœnam capitis, quia & ipſa res mortem minatur.* Hanc ſententiam amplectuntur *Maran. in ſpeculo aureo. diſp.* 3. *Gomez. in var. reſol. c.* 6. *de injuria. num.* 8. *Fachin. lib.* 9. *controv. jur. c.* 45. *Menoch. de arbitr. jud. lib.* 1. *quæſt.* 86. *num.* 20. Diſſentiunt *Felin. in c. inquiſitionis. de accuſ. Alex. conſ.* 121. in fin. *lib.* 7. *Cravetta conſ.* 110. *num.* 14. & *conſ.* 224. *num.* 2. *Decius* ſibi contrarius *in l. qui juriſdictioni. ff. de juriſd. num.* 9. *Afflict. deciſ.* 276. *num.* 9. qui negativam ſententiam defendunt, quod judex non poſſit in arbitrariis arbitrium ſuum extendere ad pœnam mortis naturalis: ſed contraria ſententia magis eſt communis.

ASSERTIO LXIX.

Furioſus de delicto ante furorem commiſſo puniri poteſt.

DIſceptatur a DD. an ſi quis tempore ſanæ mentis homicidium vel alium delictum commiſerit, & poſtea in furorem incidat, an durante furore poſſit condemnari pœna mortis vel alia corporali pœna.

pœna. Et verior, legibuſque magis conſentanea eſt ſententia, quod etiam in ipſo furore puniri poſſit, neque ſuperveniens furor adferat illi delicti impunitatem. Quæ ſententia apertis textibus & juſtiſſimis rationibus confirmatur. Primo pro hac parte eſt expreſſus textus in *l. Divus Marcus*. 14. *ff. de off. præſid.* cujus verba ſunt hæc: *Si vero, ut aſſolet, intervallis quibuſdam ſenſu ſanior eſt, & forte eo momento ſcelus admiſerit, morbo ejus non eſt danda venia.* Secundo probatur hæc deciſio ex eo, quia ceſſat omnis ratio defenſionis & excuſationis, cum tempore habili & ſana mente præditus deliquerit. Tertio confirmatur hac ratione, quia in pœnis delictorum ſemper attenditur, qualis conditio rei fuerit tempore admiſſi criminis, non vero, quæ conditio fuerit tempore dicendæ ſententiæ. *l.* 1. *ff. de pœn. l. injuriarum.* 21. *ff. de injur.* Quarto comprobat hanc ſententiam, quod jure deciſum extat in *l. ult.* §. *ſed cum antiquitas.* 4. *C. de curat. furioſ.* quod ſi filius commiſerit aliquam cauſam ingratitudinis, & poſt tempus furere cœperit, nihilominus exheredari poteſt, qui furioſus eſt, quia ſanus deliquit. Hanc ſententiam defendit *Gomez. lib.* 3. *var. reſol. c.* 1. *num.* 70. & 72. præſertim in hoc caſu, ſi delictum ſit valde enorme. Quo loco ſubjicit, quod & ipſa Sereniſſima Regina Caſtellæ fecit puniri hominem furioſum, qui intulerat vulnus Sereniſſimo Regi Ferdinando marito ſuo. Attamen in contrariam partem, quam notat magis eſſe communem, poſtea inclinat. Hanc ſententiam approbat *Vaudus lib.* 2. *variar. quæſt. c.* 7. Diſſentit *And. Gail lib.* 2. *obſ. c.* 110. *num.* 22. ubi tradit, moribus noſtris non obſervari, ut furioſus de delicto ante furorem commiſſo puniatur, idque ea ratione, quia furioſus pro mortuo habetur. *l. bonorum.* 24. *ff. rem rat. hab.* At mortuus non poteſt poſt mortem regulariter condemnari aut puniri. *l. defuncto.* 6. *ff. de publ. jud.* Ergo nec furioſus poſt furorem puniri poſt, quia mortuo ſimilis eſt.

Adverſatur huic deciſioni *d. l. Divus.* 14. *ff. de off. præſ. l. pœna.* 9. §. *ſane.* 2. *ff. ad l. Pomp. de parric.* & *l. infan.* 12. *ff. ad l. Corn. de ſicar.* Quæ leges unanimi conſenſu ſtatuunt furioſum ob commiſſa delicta puniendum non eſſe, tum quia fati infelicitas eum excuſat, tum quod ſatis graviter ipſo furore punitur. Reſp. Iſtæ leges ita demum furioſo immunitatem delicti indulgent, ſi eo tempore deliquit, cum furiis agitabatur, judiciique & voluntatis expers erat, & conſequenter talis, qui delinquere nullo modo potuit. Tunc enim fati infelicitas furioſum excuſat, ſicut infantem innocentia conſilii. *d. l. infans.*

Secundo opponitur *l.* 2. §. *furioſus.* 3. *ff. de jur. cod. l. ubi non voce.* 124. §. *ult. ff. de R. J.* ubi traditur, quod furioſus habetur loco abſentis. Atqui abſentes in criminibus pœna mortis vel corporali condemnari non poſſunt. *l. abſentem.* 5. *ff. de pœn.* Ergo nec furioſi. Reſp. Primo dicendum, quod ficte & in lata ſignificatione furioſus

rioſus loco abſentis habetur. Deinde in iis demum actibus & negotiis furioſi loco abſentium habentur, in quibus conſenſus neceſſario requiritur, ut puta in contractibus, teſtamentis, delictis, quæ non poſſunt iniri & committi niſi a conſentientibus, & ſano judicio præditis, fit, ut in iis furioſi abſentium loco habeantur. At vero, quia judicia redduntur etiam in invitum. *l. 83. §. 1. ff. de V. O.* hinc fit, ut in iis furioſus non habeatur pro abſente, quando ſcilicet agitur & pronuntiatur de delictis, quæ reus ante furorem, tempore ſanæ mentis commiſit.

Assertio LXX.

Pœna non eſt minuenda ob id, quod a longo tempore delictum perpetratum fuit.

Non debet aliquis pœnæ diminutionem vel alienationem conſequi, eo quod multum temporis a perpetrato crimine intercesſit. Non enim longi temporis præſcriptione impunitas criminum acquiritur; imo crimina quo diutius impunita manſerunt, gravius potius ulciſcenda cenſentur. Sic enim ipſe Deus cum humano genere agere ſolet: *Lento namque gradu ad vindictam in hominum peccatis animadvertendis divina procedit ira, ſed tarditatem ſupplicii pœnæ gravitate compenſat.*

Objicitur huic ſententiæ *l. ſi diutino. 25. ff. de pœn.* ubi traditur, quod *ſi diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus pœna ſublevanda erit.* Unde colligunt Accurſ. Bart. & alii DD. minuendam eſſe pœnam ei qui crimen admiſit, ſi longum tempus prætetierit a perpetrato facinore. Reſp. Ea non eſt ſententia legis, quod criminis pœna ſit ſublevanda propter temporis diuturnitatem, ſed quod reus qui longo tempore in reatu extitit, hoc eſt, in triſti & ſordido ſtatu conſtitutus, quo ſolent accuſati de crimine & in reos relati conſtitui, hoc mitius puniri debet. Reatus namque eſt habitus, qui triſtem vultum ac veſtitum reorum declarat, in quo ſunt rei, donec abſolvantur vel condemnentur. Solent enim inter reos relati in conſpicua & miſeranda quadam calamitate conſtitui, ut ſcilicet ſqualore & illuvie confecti, promiſſa barba, capillo intonſo, habitu pannoſo & ſordido incederent, & ſic miſericordiam judicum aucuparentur. Hic habitus pannoſus & demiſſus ſtatus nomine reatus, non vero ipſum crimen ſignificatur. *l. ult. ff. ad l. Jul. majeſt.: l. ult. §. de illo. 8. ff. de bon. eorum qui ante ſent. ſibi mort. &c.* Itaque *d. l. ſi diutino.* vult eum lenius puniendum, qui diutius in eo miſerabili ſtatu reatus fuit conſtitutus. Nam antiquis hæc diuturna & miſeranda calamitas, pars pœnæ, nec injuria viſa fuit. Ita reſpondet *Coraſ. l. 2. miſcel. c. 20.* Vide latius de hac quæſtione *Fachin. lib. 9. controv. jur. c. 38.*

Asser-

ASSERTIO LXXI.

Pœna capitalis appellatione vel mors vel deportatio continetur.

CApitalis pœna in jure dicitur, quando crimini vel pœna mortis naturalis, vel deportatio, quæ mors civilis dicitur, irrogatur. textus ſunt expreſſi in *l. ſed & ſi quis.* 4. in princ. *ff. ſi quis caut. in jud. ſiſtend. &c. l. edicto.* 13. verſ. *rei autem capitalis. ff. de bon. poſſ. l. qui cum natu major.* 14. §. *is demum.* 3. *ff. de bon. libert. l.* 2. *ff. de publ. jud. l. capitalium.* 28. *ff. de pœn.* Atque hæc eſt communis & recepta DD. opinio, teſte *Muſcorno in tractat. de juriſd. num.* 88. Quæ ſententia præter allegatos locos etiam luce clarius probatur in *l. licet.* 103. *ff. de V. S.* in qua diſerte ſcribit in hæc verba Modeſtinus: *Licet capitalis Latine loquentibus omnis cauſa exiſtimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis vel amiſſionis civitatis eſt intelligenda.*

Porro ſunt interpretes, qui diverſam ſuſtinent ſententiam, & ſtatuunt pœnam capitalem de naturali morte tantum intelligendam eſſe. Unde quoties judex pœna capitali reum damnavit, eum pœna mortis naturalis afficiendum eſſe defendunt. Quæ ſententia non eſt recipienda.

Adferuntur autem pro contraria opinione hæc argumenta. Primo adducitur *l. ſunt quædam.* 9. *ff. de extraord. crim.* ubi Ulpianus tradit pœna capitis eos eſſe puniendos, qui σκοπελισμὸν committunt, *quia & res ipſa mortem comminatur.* Reſponſio ad hanc legem facilis eſt: nam verba ipſa, *quia & res ipſa mortem comminatur*, ſatis nobis indicant, eum de morte naturali pœnam capitis eo in loco intelligere voluiſſe.

Secundo opponitur *l. qui cædem.* 16. *ff. ad l. Corn. de ſicar.* in qua dicitur, eos qui cædem admiſerunt, ſi in aliqua dignitate poſiti ſunt, deportari; ſi vero inferioris gradus ſint, capite puniri debere. Ibi pœna capitalis tantum de morte, non vero de deportatione accipitur. Reſp. Capitis pœna ſtricte eo loco intelligenda eſt, quia ad deportationis differentiam appoſita eſt. Eodem modo ſolvi poteſt, quod objicitur ex *l. fin. ff. de incend. ruin. naufr.* ubi eorum pœnæ diſtinguuntur, qui conſulto incendium commiſerunt, & alii beſtiis objiciuntur, alii capite puniuntur, alii denique in inſulam deportantur. Poſtremo in contrarium adfertur hæc ratio. Verba, præſertim cum dubii ſumus, in propria atque naturali debent accipi ſignificatione. *l. fin. C. de his qui ven. ætat. impet.* Sed capitalis pœna caput hominis proprie ſignificat. Ergo de illo intelligere eſt neceſſe, ſcilicet de amiſſione capitis, ſeu morte naturali. Reſp. Regula illius legis locum non habet, cum de pœnis infligendis agitur,

tur, quia benignior ſemper in pœnis irrogandis accipienda eſt interpretatio. *l. penult. ff. de pœn.*

Assertio LXXII.

Pœna non debet egredi delinquentem, ſed ſuos debet tenere auctores.

Regula hæc & legibus civilibus & divinis præceptis confirmatur & ſtabilitur. Sic enim Deus expreſſe per Prophetam *Jerem. c.* 31. *v.* 27. & *Ezech. c.* 18. *v.* 2. & 20. ſancivit, quod *anima quæ peccavit, ipſa morietur: & filius non portabit iniquitatem patris, & pater non portabit iniquitatem filii.* Hoc enim & divinæ & humanæ juſtitiæ conſentaneum eſt, ne quiſquam pro alieno delicto gravetur, & pœnas luat. Unde & in *l. ſancimus.* 22. *C. de pœn.* ſtatuitur, ne pœna transferatur in alios adfines vel cognatos, ſed teneat auctorem peccati. Ibi namque debet reſidere pœna peccati, ubi noxa eſt, id eſt, ubi delictum eſt admiſſum, nec ulterius debet pœna progredi, quam delictum perpetratum reperitur. Concord. *l. crimen.* 26. *ff. de pœn.* ubi ſancitur, quod *crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere poteſt.*

Sed in hac quæſtione pugnant duo loca ſacræ ſcripturæ. Nam apud *Ezech. d. c.* 18. ſtatuitur: *Filius non portabit iniquitatem patris, ſed quiſque in peccato ſuo morietur.* Contrarium affirmatur *Exodi* 20. *verſ.* 5. ubi Deus ait, *ſe perſecuturum iniquitatem patrum in filios in tertiam & quartam generationem.* Reſp. Hoc quomodo intelligendum ſit, lex ipſa ſatis declarat. Nam additur *odio habentes me.* Verba textus quæ habentur *Ezech. cap.* 18. hæc ſunt: *Ego ſum Deus amulator, reddens iniquitatem patrum in filio, in tertiam & quartam generationem, iis, qui oderunt me.* Unde apparet non alios filios portaturos eſſe peccata majorum, niſi qui illorum fuerint ſimiles. Nam ſi ab eorum pravitate diſcedant, illorum peccata non portabunt. Hinc Deus *Deuter. cap.* 24. *verſ.* 16. mandavit, *ne filii pro parentibus occiderentur, aut parentes pro filiis.* Unde & pulchre *Hieron.* ait: *Vindicat iniquitatem patrum in filios, non quod malos parentes habuerint, ſed quod imitati ſint patres.* Tum enim filius portabit iniquitatem patris, quando ille itidem peccavit ut pater.

Secundo adverſatur locus *Joſua c.* 7. ubi non tantum Achas fuit occiſus propter anathema quod ſuſtulerat, verum etiam una cum eo & filii & filiæ & pecora. Reſp. Hoc factum eſt ſingulari juſſu Dei, nec legi in univerſum latæ præjudicat. *Mart. lib.* 2. *loc. comm. cap.* 1. *num.* 35.

Objicitur etiam *l. quiſquis.* 5. §. *filii.* 1. *C. ad l. Jul. majeſt.* ubi ſancitur, quod filii reorum læſæ majeſtatis, h. e. quorum parentes contra Principem vel remp. conſpirarunt, gravi pœna afficiuntur.

tur. Nam ex nulla ſucceſſione teſtati vel inteſtati poſſunt accipere aliqua bona; deinde perpetua infamia eos comitatur, neque ad ullos honores vel dignitates adſpirare poſſunt. Reſp. Singulari jure in filios reorum læſæ majeſtatis tam gravis & acerba pœna eſt ſtatuta, partim quia in filiis paterni, hoc eſt, hereditarii criminis exempla metuuntur, partim vero ut alii hac gravitate pœnæ ab eo immani crimine, quod totum ſtatum reipub. vel civitatis evertit, deterreantur.

ASSERTIO LXXIII.

Ab interlocutoria ſententia non appellatur.

TRaditur paſſim in jure pro regula generali, quod ab interlocutoria ſententia non appellatur, ſed demum a definitiva, quæ deciſio probatur in *l. ante ſententia.* 7. *C. quorum appellat non recip. l. eos.* 6. §. *ſuper.* 3. *C. de appel. l. ult. C. de ſentent. l. liberis.* 7. in fin. *ff. de liberal. cauſ. l. apertiſſimi.* 16. *C. de judic.* Porro in hac quæſtione differentia obſervanda eſt inter jus civile & canonicum. nam jure civili non appellatur ab interlocutoria; jure canonico vero non ſolum ab interlocutoria ſententia, ſed a quolibet gravamine licet appellare. *cap. ſuper eo.* 2. *extr. de appell. c.* 1. *c. cum Romana.* 3. *de appell. in* 6.

Huic deciſioni primo repugnat *l.* 2. *ff. de appell. recip. vel non.* ubi traditur, quod quoties judex in civili negotio decrevit quæſtiones ſeu tormenta adhibenda, vel in criminali cauſa contra leges hoc ſtatuerit, tunc appellari poſſe etiam ante ſententiam. Similiter obſtat *l. arbitro.* 9. *ff. qui ſatiſd. cog. &c.* ubi ſi per judicem interlocutum eſt, fidejuſſores a litigantibus datos eſſe idoneos, vel non, ab ea ſententia appellatur. Reſp. Quoties gravamen illatum per ſententiam interlocutoriam non poteſt reparari per definitivam, tunc permiſſa eſt appellatio ab interlocutoria, ut in prædictis caſibus accidit: ſi vero poteſt reparari, eſt illicita appellatio.

Secundo objicitur *l. intra utile.* 39. *ff. de minorib.* ubi cum minor petiiſſet reſtitutionem in integrum, & probaſſet ætatem minorennem, judexque eum pronuntiaſſet eſſe minorem, ab hac interlocutoria licet appellare. Reſp. Sub diſtinctione. Aut talis eſt interlocutoria ſententia, quæ perimit totum negotium, & tunc licet ab ea appellare, ut contigit in *d. l. intra utile.* & ibi *Coſtal.* Aut interlocutoria ſententia totum negotium non perimit, & tunc non poterit ab ea appellari. textus in *d. l. ante ſententia.* 7. *C. quor. appell. non recip.* & ibi pulchre notat additio ad gloſſam *l.* 2. *C. de epiſc. audient.* Ita reſpondet *Bart. ad l.* 2. *ff. de appell. recip. vel non. num.* 1. Ita decidit quoque *Minſing. cent.* 3. *obſ.* 35. ubi notat, quod quando interlocutoria ſententia perimit totum negotium, tunc ab ea poteſt appellari.

appellari, per *l. ait prator.* 7. §. 2. verſ. *permittitur. ff. de minor.* ut puta quando judex pronuntiat, ut debitores minorum ſolvant eis ſine curatoribus, vel quando judex pronuntiat ſe eſſe competentem judicem, vel non, vel denique quando per ſententiam interlocutoriam quis abſolvitur ab obſervatione judicii.

ASSERTIO LXXIV.

In criminalibus cauſis etiam admittitur appellatio.

PRopoſitio hæc manifeſte probatur in *l. eos. 6. l. addictos.* 29. *C. appell. l. addictos.* 6. in fin. *C. de epiſc. audient. l. non tantum.* 6. *ff. de appell.* Porro manifeſte convictus & confeſſus de crimine non appellat; at confeſſus in criminali cauſa tantum, regulariter appellat. Idem eſt, ſi non ſponte ſit confeſſus, ſed metu tormentorum: tunc enim quoque appellari poteſt. *l.* 2. *C. quor. appell. non recip.*

Opponitur primo *l. conſtitutiones.* 16. *ff. de appellat.* ubi dicitur latrones, ſeditionum concitatores, & factionum duces non poſſe appellare. Reſp. Ideo hi non appellant, quia intereſt reipub. propter atrocitatem criminum, hos ſine mora & ſtatim puniri, ne ſuis factionibus & conſpirationibus rempub. opprimant. Sic ob ſimilem cauſam raptores virginum & matronarum non appellant. *l. unic.* in fin. princ. *C. de rapt. virg.* Item falſi monetarii. *l.* 1. in princ. C. *de falſ. monet.* De generali tamen conſuetudine Germaniæ in criminalibus cauſis non admittitur appellatio, ut notat *Weſemb. in paratit. de appell. recip. ord. Cam. part.* 2, *tit.* 28. §. *item nach dem auch.*

Secundo opponitur *l. ſi qua pœna.* 244. *ff. de V. S.* ubi traditur, quod a pœnis non admittitur provocatio. Simul atque enim quis de aliquo crimine convictus eſt, ſtatim ejus maleficii pœna, quæ a lege ſtatuta eſt, debetur. Itaque ſi quis a pœna a legibus pro crimine ſtatuta appellaret, videretur de iniquitate legum conqueri. quod non eſt admittendum. Reſp. Hodie pœnæ delictorum certo non ſunt amplius legibus definitæ, ſed potius conſiſtunt in arbitrio & poteſtate judicis, qui poteſt eas pro delicti qualitate & circumſtantiis extra ordinem augere vel minuere. *l. hodie.* 13. *ff. de pœn.* Ideoque hodie etiam in criminalibus cauſis ſeu pœnis delictorum admittitur de jure ſcripto appellatio. Ita tradit *Cujac. lib. obſ.* 8, *c.* 33.

ASSERTIO LXXV.

Bella jure divino inter Chriſtianos licita ſunt.

QUod ſacis literis bella etiam Chriſtianis permiſſa ſint, variis & diverſis ſacræ ſcripturæ locis demonſtrari poteſt, ſed ex multis tantum ſufficiat hos tres adduxiſſe. Primo probatur hæc ſententia ex *Luca cap.* 3. ubi cum milites a Johanne Baptiſta conſilium ſalutis expetiiſſent, reſponſum iis eſt, ut neminem concuterent, nemini injuriam facerent, ſed propriis ſtipendiis contenti eſſent. Si Chriſtiana diſciplina omnia bella damnaret, hoc potius conſilium dediſſet militibus ſalutis viam petentibus, ut arma abjicerent, ſeque militiæ ſubducerent. Certe quibus proprium ſtipendium ſufficere præcepit, militare utique non prohibuit. Ita erudite ſcriptum reliquit *D. Auguſtin. epiſt.* 5. *ad Marcellin.* Secundo pro defenſione hujus ſententiæ adfertur locus ex 2. *Samuel. cap.* 10. ubi Joab tribunus militum populi Iſraëlitici, etſi eventum prælii in manu arbitrioque Deî eſſe agnoſcit, non tamen inertiæ ſe dedit, ſed aciem inſtruxit contra hoſtes, & quod ſui officii erat, ſedulo executus eſt, Domino autem permittit eventum moderari. Unde ſic proloquitur: *Stabimus fortes pro gente noſtra, & urbibus Dei noſtri. Dominus autem faciat, quod videtur bonum in oculis ipſius.* Tertio *Deuter,* 20. *cap.* verſ. 11. & ſeqq. a Moyſe militares leges præſcribuntur in pugnis & obſidionibus: nam conceditur Judæis, quibuſcunque populis, qui ſe in deditionem eorum dediſſent, tributum imponere, eos vero quos obſidione caperent, gladio ferire & prædari. Quod tamen ita intelligendum eſſe conſtat, ſi belli inferendi juſtæ & probabiles cauſæ extitiſſent. Denique bellum etiam juſte & licite ex ordinatione mandatoque Dei geri poſſe, patet ex definitione belli, quæ ita recte traditur, quod *bellum eſt diſſenſio hoſtilis, qua edicto Principis vi & armis ſcelera coërcentur, ut homines pacate & tranquille ex juſtitia & pietate vivere poſſint.* Bellum igitur, quod edicto Principis in eum finem indicitur, ut juſte pieque vivatur, juſtum & licitum eſt. Hinc *Auguſtin. quæſt.* 10. *in Joſue* ait, jus eſſe petere bello gentem aliquam, quæ neglexit corrigere id, quod turpiter eſt admiſſum; & addit belli cauſam juſtam eſſe, ſi ablata per injuriam non reddantur. Idem recitatur in *c. dominus.* 23. *quæſt.* 2. *Iſidorus* quoque *lib.* 17. *cap.* 1. ait, bellum recte ſuſcipi, vel de rebus repetendis, vel propulſandis injuriis.

Contra hanc ſententiam inſurgunt Anabaptiſtæ, & prætendunt omnino non licere bellum gerere. In eam rem proferunt argumenta quædam ex ſacris literis, quæ ordine refutabo.

Primo objiciunt hoc modo. Bella ſuſcipiuntur ad vindicandas in-

injurias. Sed non licet nobis injurias vindicare. Ergo nec bellum gerere. Aſſumtionem probant ex *cap. 5. Matthæi*, ubi Chriſtus inquit: *Si quis tibi impegerit alapam in maxillam dextram, porrige illi & ſiniſtram, ſi quis tibi tunicam eripuerit, dato illi & pallium;* & poſtremo concludit, *Nolite reſiſtere malo.* Item Chriſtus Petro reſpondit, *Matth. 26. Qui gladio ferit, gladio peribit.* Reſp. Hiſce teſtimoniis & præceptis Chriſtus eripit privatis hominibus ſtudium vindictæ, non vero magiſtratum exarmat, cui gladium dedit ad vindictam nocentium & laudem recte agentium. *Rom. 14. verſ. 4. 1. Petr. 2. 14.* Itaque in prædictis locis Chriſtus inſtituit Apoſtolos, quos non erat facturus magiſtratus, ſed miſſurus in orbem terrarum, tanquam agnos inter lupos: proinde docet, quid illos oporteat expectare, quod videlicet omnes, qui in Chriſto pie vivere volunt, perſecutionem pati cogantur. 2. *Timoth.* 3. Magiſtratui autem commendat gladium ad vindictam malorum. *Rom.* 13. Quod autem Chriſtus Petro dixit, *Reconde gladium; qui gladio ferit, gladio peribit*, juſta de cauſa reſpondet: nam Petrus privatus erat, & malo ſpiritu movebatur. Adhæc Petrus erat conſtitutus a Deo paſtor animarum, & præco evangelii. Unde non debuit privatæ vindictæ gratia gladium ſtringere.

Secundo in contrarium adducitur locus *Matthæi cap. 7.* ubi Chriſtus inquit: *Nolite judicare, & non judicabimini.* At ille, qui alteri bellum infert, eum contra quem pugnat, judicat, & uſurpat ſibi munus & auctoritatem Dei, & judicat alienum ſervum. Reſp. Chriſtus ibi non ſuſtulit omne genus judicii, ſed illos reprehendit, qui aliorum errata tantum obſervant & divulgant, non ut eos emendent, ſed potius ut traducant & maledictis inſectentur. Hoc quoniam ex odio, invidia & ſuperbia naſcitur, Chriſtus taxat. Idque Chriſtum ſenſiſſe ex ſequentibus apparet, dum inquit: *Ejice prius trabem ex oculo tuo, ut videre poſſis & tollere feſtucam ex oculo fratris tui.* Nam alias aperta delicta, ut furta, homicidia & adulteria, ſi modo abſit amarulentia & excandeſcentia, licet nobis condemnare, quia Deus ipſe ea condemnat.

Tertio adfertur locus *Pauli 1. ad Corinth. cap. 6.* ubi ait Apoſtolus: *Jam igitur omnino impotentia in vobis eſt, quod judicia habetis inter voſmet ipſos: quin potius damnum accipitis, quin potius injuriam patimini.* Quod ſi non licet litigare, multo minus licet bellum gerere. Reſpond. Paulus non tollit omnia judicia, ſed tautum ea quæ exercebantur a Chriſtianis apud tribunalia ethnicorum magiſtratuum. Sed inſtatur contra reſponſionem. Imo Paulus prorſus a judiciis homines revocat, dum inquit: *Cur non potius damnum ſuſtinetis, cur non potius injuriam accipitis?* Reſp. Vult Apoſtolus, ut odium tantum & acerbitatem inimicitiarum, quæ in exercendis litibus intervenire ſolent, deponant litigantes. Alioqui, quod litigare liceat, apparet ſatis ex eodem

Pauli loco. Is enim monet tenuiores homines in eccleſia deligendos, qui cognoſcant fratrum cauſas.

Quarto depromunt adverſarii pro ſua ſententia locum *Joan. cap.* 14. ubi Chriſtus inquit: *Pacem meam do vobis.* Item citant locum *Pauli ad Romanos* 12. *Cum omnibus hominibus pacem habete.* Si Chriſtus nobis pacem ſuam reliquit, ergo non licet bellum gerere. Reſp. Chriſtus ibi per *pacem* intelligit pacem conſcientiæ. Hanc Chriſtus nobis pretioſa ſua morte & reſurrectione peperit. Præterea mandavit etiam pacem hominibus inter ſe colendam, ſed hæc nihil pertinent ad magiſtratum, vel gladium illi a Deo commiſſum.

Quinto adducitur locus ex *Eſaia. cap.* 2. & *Mich.* 4. ubi Prophetæ ajunt lanceas convertendas eſſe in vomeres, & gladios in ligones. Reſp. Iſtis verbis denuntiant Prophetæ ſummam pacem & tranquillitatem inter homines, cujus fœlicitatis habemus quidem in hac vita inchoationem quandam, ſed complementum in vita æterna ſentiemus. Et quidem ſi homines viverent, ut Chriſtianos decet, nihil opus eſſet gladio vel armis, neque bella unquam inter homines excitarentur, ſi, prout deberent, homines Chriſtum pie ſanctęque colerent.

Sexto & ultimo arguitur in contrarium, quod bella noſtra ſpiritualia tantum eſſe debent: ideo *Paulus ad Epheſ.* 6. inſtruit nos armatura Dei. Item *Paulus* 2. *ad Cor. c.* 10. inquit: *Arma noſtra militiæ ſunt ſpiritualia, quia non eſt nobis dimicatio adverſus carnem & ſanguinem, ſed adverſus cœleſtes nequitias.* Reſp. Verum eſt, quod arma noſtra ſunt ſpiritualia, quatenus Chriſtiani ſumus; ſed quatenus homines ſumus, noluit Apoſtolus arma eripere magiſtratui. Quod autem ſubnectit Apoſtolus non eſſe nobis luctam adverſus carnem & ſanguinem, hoc non abſolute, ſed ex collatione accipiendum eſt, quod ſcilicet hæc lucta cum carne & ſanguine nulla ſit, ſi cum altera ſpirituali conferatur. Plura de hoc argumento ſolide & docte tractat *Mart. in loc. comm. claſſ.* 4. *cap.* 16. & *libro* 2. *Regum, cap.* 2. ex quo plurima me mutuatum eſſe ingenue profiteor.

ASSERTIO LXXVI.

Duella jure divino & humano ſunt prohibita.

DUellum eſt pugna duorum, ſuſcepta ex pacto & mutua voluntate alterum occidendi, ſive privato conſilio, ſive publico permiſſu. Hæc duella primo jure Romano ſunt prohibita, idque probatur per *l. unic. C. de gladiator.* ubi Imper. plane prohibet, ne cruenta ſpectacula in otiis & quiete exerceantur, ideoque gladiatores omnino a repub. excludit. Idem ſtatuitur in *l. unic. C.* *ut*

ut armor. uſus inſc. Princip. ſit interd. ubi ſevere Imperator armorum portandorum ſive movendorum copiam, ſine Principis venia interdicit. Idem ſtatuit Imper. in *nov.* 85. fac. *l. in arenam* 11. *C. de inoff. teſt.* ubi prohibetur, ne quis in arenam ſponte prodire poſſit, ut cum aliquo pugnet, aut armis decertet. Ad hæc jure Canonico in totum quoque duella diſtricte ſunt interdicta, per *cap.* 1. 2. & *ult. extr. de purg. vulg.* ubi plane duella inter Chriſtianos prohibentur propter duas rationes. Prima eſt, quia per ea ſæpe innocentes & abſolvendi condemnantur. Vincit enim in duellis plerumque non juſtior, ſed robuſtior & exercitatior. Secunda eſt, quia cum hujuſmodi probatio & dijudicatio cauſæ per duella ſit dubia & fallax, per ea Deus tentari cenſetur, quia committitur ſalus publica vel privata fortuito eventui pugnæ. *c. commachiam.* 2. *q.* 4. & ibi *gloſſ.*

Sed opponitur huic deciſioni locus 1. *Samuel. cap.* 17. ubi ſanctus & pius Rex & Propheta David provocavit Goliath ad duellum. Quod factum ſcriptura non improbat, ſed prorſus commendat: teſtatur enim dicto loco Samuel, quod David abſtulit probrum ab Iſraële, & vindicavit præputiatum Philiſtæum, qui probro affecerat acies Dei viventis. Reſp. David hoc fecit ſingulari revelatione Spiritus ſancti, & ex inſtinctu Prophetico. Igitur hoc ſingulare factum Davidis non eſt imitandum, neque in exemplum trahendum.

Secundo arguitur in contrarium hoc modo: Sortes ſunt licitæ, in quibus eventus cauſæ ſeu negotii committitur fortunæ. Ergo etiam permiſſum eſt calumnias & odia adverſariorum finire per eventum ancipitis pugnæ in duello. Reſp. Hæc ſunt valde diſſimilia: primo quia in ſorte non eſt periculum cædis. ſecundo non adhibetur ſors in veritatis inquiſitione, ſed in diviſione rerum.

Tertio opponitur: Jonas fuit ejectus ex navi ad evitandum naufragium ex judicio ſortis. Ergo etiam de innocentia & vita hominis ſtatuere licet ex eventu fortuito. Reſp. Hæc ſortitio & ejectio Jonæ fuit facta ex ſingulari inſtinctu divino, & tamen cum formidine, ideoque non ſine peccato nautarum eſt commiſſa.

Quarto adverſatur hoc argumentum: Prælio recte licet decernere, ubi jure res non poteſt expediri. Ergo & monomachia. Reſp. Negatur conſequentia propter diſſimilitudinem. Nam in bello totis viribus defenditur juſtitia: at in monomachia temerario fortunæ eventui cauſa committitur. Ita eleganter tradit *Urſinus in exercitat. Theolog. quæſt.* 11.

Quinto opponitur *l.* 7. §. *ſi quis in colluctatione.* 4. *ff. ad l. Aquil.* ubi traditur, quod ſi quis in colluctatione aliquem occidit, non tenetur lege Aquilia. Reſp. Ille §. loquitur de colluctatione facta in certamine publico, puta inter hoſtes, vel a Principe inter privatos virtutis cauſa conceſſo; eo caſu permittitur duellum. Jure ta-

men canonico iſtæ concertationes virtutis cauſa interdictæ ſunt. *c.* 1. & 2. *extr. de torneament. Alciatus* aliter *in libro de ſingulari certamine*, reſpondet, ideo colluctationes eſſe permiſſas, quia vix in eo ludo quiſquam occidi poterat. Non enim armis autfuſtibus, ſed pugnis, calcibus, cubitis, nudi & in cœno vel arena ſe volutantes & invicem ſupplantantes certabant.

Ultimo objicitur ex jure feudorum §. *ſi quis hominem.* in princ. *tit.* 27. *lib.* 2. *feud.* ubi Imp. Fridericus permittit, ut ſi quis homicidii ab aliquo accuſetur, & ſi ſe innocentem aſſerat, poſſit ſe duello purgare. Reſp. Eo tantum ſingulari caſu permiſit Imp. duellum, quando quis non voluntarie, ſed caſualiter, & ad vitæ ſuæ defenſionem cœdem admiſit, videlicet ſi ab altero provocatus ad pugnam, vitam ſuam defendit duello, & ita ad ſui defenſionem tantum duellum conceditur. Quodcunque enim quis ob tutelam ſui corporis fecit, id jure feciſſe exiſtimandus eſt. *l. ut vim.* 3. *ff. de juſt. & jur. l.* 1. *C. unde vi. Jacob. de Belviſo ad d.* §. *ſi quis hominem.* Itaque cum hoc ſingulari caſu tantum pro innocentiæ ſuæ probatione, & in caſu neceſſariæ defenſionis admittatur duellum, in contrarium obtinet jus commune, quo omni jure tam divino quam humano duella ſunt prohibita, & ne quidem a magiſtratu concedi debent, quia injuſtæ cædes innocentum ex duello oriuntur, quas magiſtratus præcavere & avertere debet. Vide latius de hac quæſtione diſputantem *Martyrem in loc. commun. claſſ.* 4. *cap.* 18. *de ſingulari certamine ſeu duello*, & *lib.* 1. *Samuel. cap.* 17. *Bodin. lib.* 4. *de repub. cap. ult.* ubi notat quod Henricus II. Rex Galliæ, qui monomachiam decretam, magno illuſtrium virorum concurſu terminari non ſine acerbiſſimo dolore viderat, lege perpetua in poſterum controverſias duello dirimi vetuit anno 1584. additque ibi Bodinus, quod legibus Hiſpanorum duelli nulla juſta cauſa probatur.

Assertio LXXVII.

Qualibet civitates tempore neceſſitatis ſubditis ſuis collectas imponere poſſunt.

Unaquæque civitas, univerſitas, collegium, licet non habeat regalia, tamen tempore neceſſitatis civibus ſuis collectas imponere poteſt. Nam hoc non eſt de regalibus. Probatur hoc per *l.* 1. §. *quibus autem.* 1. *ff. quod cujuſque univerſ. nom.* &c. ubi dicitur, univerſitatem, ſocietatem, collegium arcam communem habere poſſe. Similiter in *l. omnes.* 12. *C. de oper. publ.* Imp reſcripſerunt, *incolas civitatum novos muros debere facere, & veteres firmius renovare, impendiis ad hoc ordinandis*: hoc eſt, collectis imponendis, ut *Bart.* interpretatur *in l.* 1. *C. de mulier. & in quo loco mun. &c.* Idem pro-

probat *gloſſ. in d.l. 1. §. quod ſi nemo.* in verb. *proconſul.* ubi inquit: *Si nihil civitates habent commune, coguntur facere collectam, ut aliquid commune habeant.* Idem tradit *gloſſ. innov.* 89. §. *ſi quis igitur.* in verb. *perſolvit. Nota (ait) quod villa & caſtra ſub civitate collectas facere poſſunt.* Quod & diſerte confirmat *Bart. in l. placet. C. de SS. eccleſ. num.* 13. dum inquit: *Civitates qua merum imperium praſcripſerunt, collectas imponere poſſunt.* Idem *Bart. in l. unic. C. de ſuperindicto. num.* 2. *Civitas* (inquit) *pro neceſſitate imponere collectas poteſt, & cogitur.* Eandem ſententiam amplectuntur *Bald. Jaſon. Angel Alex. Caſtal. in l.* 1. *ff. quod cuj. univ. nom. &c.* ubi Angelus refert, ſe hanc quæſtionem Paduæ de facto habuiſſe & obtinuiſſe, quod villæ & civitates pro ſuis neceſſitatibus collectam indicere poſſunt. Sequuntur multi alii pragmatici relati *a Borcholt. ad c. unic. qua ſint regalia. num.* 53. & 54. Sic univerſitas poteſt imponere collectas pro diſſolvendis debitis, expediendis litium impenſis, & aliis ſimilibus rebus. Similiter pro refectione & munitione viarum publicarum civitatis civibus collectæ imponi poſſunt pro quantitate patrimonii. *Bart. in l.* 2. *C. de immunit. nemini conced. num.* 3.

Aliis interpretibus contraria ſententia placuit, quod ſcilicet civitates jus imponendi collectas non habeant. Ita ſtatuit *Alberic. in rubr. de mun. & honor. num.* 56. *Jacobin. de S. Georg. in feud.* ſuper verb. *cum mero mixtoque imperio. num.* 16. Qui ſuam ſententiam comprobant hoc argumento, quod impoſitiones collectarum ſint de regalibus, ideoque ſoli Principi competant. per *c. unic.* in verbo *vectigalia. qua ſint regalia.* Verum contraria ſententia & verior eſt, & legibus magis conſentanea, pluribuſque DD. auctoritatibus confirmatur. Nec obſtat, quod impoſitio collectarum videatur eſſe de regalibus, ideoque ſolis Principibus non recognoſcentibus ſuperiorem, & Imperatori eas indicendi poteſtas videatur conceſſa. Nam quoties indicuntur collectæ extra caſum neceſſitatis pro utilitate publica, veluti ut donetur aliquid Principi in ejus novo adventu, vel ut nova aliqua domus pro civitate extruatur, tunc impoſitio collectarum eſt de regalibus, & ſoli Principi hoc jus reſervatum eſt. Cum autem neceſſitatis cauſa collectæ imponuntur, tunc non pertinent ad regalia, & poſſunt imponi atque conſtitui a civitatibus abſque Principis conſenſu. Ita unanimi conſenſu receptum eſt a DD. referente *Guidone Pap. in deciſionib. Gratianopolitanis, quaſt.* 87. ut teſtatur *Borcholt. d. loco.*

Non obſtat *l. unic. C. de ſuperindicto.* quæ videtur velle, quod nemo poſſit collectas interponere niſi ſolus Imperator, aut niſi fiat cum conſenſu Imp. vel Principis. Nam ille textus intelligi debet de collectis imponendis in toto imperio, & pro neceſſitate ſeu utilitate publica totius imperii; ſed pro neceſſitate unius provinciæ

publica totius imperii, ſed pro neceſſitate unius provinciæ vel civitatis poteſt etiam ipſa civitas imponere collectas. *Borcholt. d. loco. num.* 54.

Denique notandum, quod ſolus Princeps vel Imp. Romanus vectigalia imponit. *l. eum qui.* 16. *l. inter publica.* 17. §. 1. *ff. de V. S. l.* 3. *C. nov. vect. inſt. non poſſ.* A civitatibus autem, præſide vel curia conſtitui non poſſunt. *l.* 2. *C. nov. vect. inſt. non poſſ. l. vectigalia.* 10. *ff. de publ. vect. & commiſſ.* Hinc etiam recte vectigalia ſeu telonia inter regalia computantur. *c. unic. quæ ſint regalia.* Ideoque vectigalia ſine permiſſu Imperatoris impoſita, licita vectigalia non ſunt, etſi decreto civitatum, vel a præſide aut curia inſtituta fuerint. *d. l.* 2. *C. nov. vect. inſt. non poſſ. l.* 10. *ff. de publ. vectig. & commiſſ.* ut tale vectigal non modo impune fraudari poſſit. *Borch. d. loc. num.* 47. *Minſ. cent.* 5. *obſ.* 29. ſed etiam illud inſtituentes ſine permiſſu Imperatoris, lege Julia de ambitu & lege Julia de vi publica teneantur. *l. unic.* §. *item is qui.* 3. *ff. ad l. Jul. amb. l. ult. ff. ad l. Jul. de vi publ. Borch. d. loco.*

ASSERTIO LXXVIII.

Eccleſiarum miniſtri ab ordinariis tributis & oneribus publicis non ſunt immunes.

PErſonæ eccleſiaſticæ, ut ſunt clerici & eccleſiarum miniſtri, ab ordinariis tributis & functionibus non ſunt immunes, ſed eas collationes ſeu contributiones non minus quam aliæ ſeculares perſonæ præſtare tenentur. Ita ſtatuunt Impp. Honorius & Theodoſius in *l. placet.* 5. in verb. *nihil præter canonicam illationem eis ingeratur. l. jubemus.* 10. & *l. ſeq. C. de ſacr. eccleſ.* Idem ſancivit Imper. Conſtantinus in *l.* 3. *C. de epiſcop. & cleric.* Ab extraordinariis vero muneribus & collationibus eccleſiaſtici ſunt immunes, ut ab onere ſuſcipiendi hoſpites ſeu milites, & aliis ſimilibus. *l.* 1. *C. de epiſc. & cleric.* Ordinaria tributa ſunt, quæ habent certam annuam vel ſimilem præſtationem, & ſunt impoſita per conſtitutionem ſuperioris. *Bart. ad l. placet.* 5. *C. de SS. eccleſ. num.* 13. Talia ſunt tributa, quæ imponuntur prædiis & poſſeſſionibus. Item vectigalia, quæ indicuntur mercibus, ſunt ordinaria onera & realia tributa. *l. Imperatores.* 7. *ff. de publ. & vect. & commiſſ.* Extraordinaria tributa ſunt, quæ non ſunt impoſita per conſtitutionem Principis, vel legem ſcriptam, ſed per motum ſuperioris indicuntur, neque habent certam formam. *l.* 1. *C. de vacat. publ. mun. Bart. d. loco.* Confirmat eleganter *Ambroſ. in* 5. *cap. Lucæ, lib.* 4. *c. penult.* his verbis: *Si tributum petit Imp. non negamus: agri eccleſiæ tributa ſolvunt. Si enim cenſum Filius Dei ſolvit, quis tu tantus es, qui non putas ſolvendum? Lucæ.* 17.

Opponitur *auth. item nulla communitas. C. de epiſc. & cler.* ubi Imp.

Imp. Fridericus ſub gravi pœna, videlicet reſtitutione tripli interdicit, ne eccleſiaſticis perſonis ullæ exactiones vel collectæ indici poſſint. Reſp. *Bart. ad d. l. placet. num.* 35. quod eccleſiaſtici ſive clerici teneantur ad ordinaria & certa munera ſeu tributa, quæ ipſis rebus ſeu poſſeſſionibus indicuntur, ſed ad extraordinaria indicta tributa, ſicut advenæ ſeu peregrini, ita nec clerici tenentur. *d. l. placet.* in verb. *nihil extraordinarium hinc flagitetur. C. de SS. eccleſ. l. jubemus.* 10. & *l. neminem.* 11. *C. eod. d. l.* 1. *C. de epiſcop. & cler.* Ratio diverſitatis eſt, quia ordinaria munera, ut ſunt tributa agrorum, item collationes ad ſternendas vias publicas & pontes reficiendos, ipſis poſſeſſionibus & fundis, item vectigalia mercium rebus ipſis & mercibus imponuntur: at vero extraordinariæ contributiones indicuntur ipſis perſonis. Quia vero Clerici non ſubjacent jurisdictioni ſecularium Principum, puta Regum, Ducum, Comitum, & liberarum civitatum, a quibus ſolis imponuntur hujuſmodi tributa & collectæ, ab his oneribus clerici ſunt immunes. Ab ordinariis vero tributis & vectigalibus, quæ non perſonis, ſed poſſeſſionibus, agris, & ædificiis, item mercibus imponuntur. *d. l. Imperatores. ff. de publ. & vect. & commiſſ. l.* 1. *C. de indiction. lib.* 10. eccleſiaſtici non habent immunitatem. *Bart. ad d. l. placet. num.* 32. Probatur hæc diſtinctio aperto textu in *l. ult. §. patrimoniorum.* 21. & *ſeqq. ff. de mun. & hon.* ubi JC. Arcadius ait: *Nam onera quædam, quæ patrimoniis, poſſeſſionibus, & prædiis indicuntur, veluti agminales equi, & mulæ, angaria atque veredi. Quæ obſequia, qui neque municipes, neque incolæ ſunt, agnoſcere tenentur, ſi habet bona, ubi petuntur:* & *abs hujuſmodi muneribus. neque primipilaris, neque veteranus, aut miles, aut pontifex excuſatur.* ubi *gl.* in verb. *pontifex.* notat: *Ergo neque eccleſia, neque clericus immunes ſunt ab his oneribus & collectis patrimonialibus, quia ut prædia poſſideant, a lege humana eſt, ſed quod pro ea jus primitiarum & decimationis habent, hoc eſt a lege Dei, & ideo pro ſuo Epiſcopo proprie Principi ſubſit.*

Secundo objicitur locus ſacræ ſcripturæ, *Eſdræ cap.* 7. *verſ.* 24. ubi Artaxerxes rex legem ſancivit, & ſtatuit: *Ne ullis ſacerdotibus Levitis & miniſtris domus Dei canonem aut vectigal liceat imponere.* Reſp. Exemplum hoc Artaxerxis non eſt lex, ſed ſingulare quoddam privilegium, quod iſto tempore tantum Rex conceſſit Iſraëlitis, ut facilius templum Hieroſolymitanum ædificare poſſent, & in eo officium divinum præſtare. Ita reſpondet *Urſinus lib.* 2. *exercitat. Theolog. quæſt.* 70. ubi decidit, quod ſi immunes ſint miniſtri eccleſiarum certis in locis a tributis pendendis beneficio magiſtratuum, debere eos uti iſta commoditate grato animo; ſin minus, non debere eos propterea contendere. Aliter ad prædictum locum Eſdræ reſpondet *Martyr. lib.* 4. *locor. Commun. cap.* 2. videlicet quod ideo mandaverit Artaxerxes, ne ſacerdotibus tributa imponerentur,

quia illi agros non poſſidebant inter filios Iſraël, ſed tantum vivebant ex ſacrificiis, oblationibus, & decimis. Vide *Martyrem libro* 4. *locor. comm. cap.* 13. *num.* 23. 24. & ſeqq. & *Nicol Ever. in loc.* allegat. in loco *a veriſimili.* ubi egregie defendit, clericos & eccleſias ab ordinariis tributis & vectigalibus Principum non eſſe immunes.

ASSERTIO LXXIX.

Abſens ex pollicitatione non obligatur.

ETiamſi pollicitatio reipub. fiat ex juſta cauſa. ut oportet, tamen hoc non ſufficit, ut producatur obligatio efficax, niſi fiat etiam promiſſio apud rempubl. vel præſentibus reipubl. curatoribus aut adminiſtratoribus. *l.* 9. *ff. de pollicitat.* Non enim valet pollicitatio, quæ ab abſente fit per epiſtolam, *l.* 5. *ff. eodem.* ſicut nec ſtipulatio contrahitur inter abſentes per nuntium vel epiſtolam. *l.* 1. in princ. *ff. de V. O.*

Sed adverſatur huic deciſioni *l.* 2. *ff. de pact.* ubi traditur, quod pactum recte fit per epiſtolam, quam abſens abſenti mittit. *Reſp.* In hoc caſu differt pollicitatio a pacto, quia pacta legitime inter abſentes concipiuntur, pollicitatio non item. Hoc manifeſte probatur ex definitione pollicitationis, quæ traditur in *l.* 3. *ff. de pollicitation.* quod ſcilicet pollicitatio ſit offerentis promiſſum. Verbum *offerre* ſatis indicat, requiri præſentiam utriuſque partis. Nec enim abſens abſenti recte dicitur offerre, ſed præſens præſenti tantum, aut verbotenus, aut cautione interpoſita ex ſcripto per epiſtolam. *l. de die.* 25. *in princ. ff. depoſ.* Ita eleganter docet *Cujac. lib. obſ.* 26. *cap.* 19.

ASSERTIO LXXX.

Fabuloſa donatio Imp. Conſtantini Magni, qua Pontifici Sylveſtro urbem Romam, cateraſque Italia provincias falſò donaſſe fertur, jure non fuit licita.

QUod donatio Conſtantini Magni, qua Pontifices Romani ſuam dominationem & imperium ſtabilire nituntur, & falſo jactitant, quod Imp. Conſtantinus Magnus Sylveſtro Pontifici urbem Romam cæteraſque Italiæ urbes & provincias donaverit, prout habetur in *c. Conſtantinus. diſt.* 96. ficta, ementita & fabuloſa ſit, abunde & copioſe ſcriptis ſuis demonſtrant *Nicolaus Cuſanus, Laurentius Valla, Volaterranus, & Æneas Sylvius*, aliique eruditi & fide digni auctores, qui tamen alioqui Pontificiæ ſedis

dis ſtrenui antiſtites & patroni extiterunt. Ita poſt alios noviſſime eleganter & dilucide tradit *Balæus in tractatu de illuſtribus viris Angliæ*.

Præterea quod prædicta donatio nec de facto unquam proceſſit, nec de jure divino aut humano ſubſiſtere potuit, hiſce decem ſolidis & firmis argumentis comprobatur.

Primo quod hæc donatio fabuloſa & notha ſit, id ex ipſa inſcriptione canonis liquido apparet. Nam prædictum *cap. Conſtantinus.* inſcribitur *palea* a compilatore decretorum: quo aperte innuitur, quod ſuppoſititius & adulterinus ſit hic canon, utpote qui inter paleas juris canonici habeatur, & propterea fidem non meretur, neque in ſcholis, ut ibidem gloſſ. notat, eſt legendus, cum non ſit locus authenticus, ſed inter paleas & zizania ab ipſis canoniſtis referatur. Licet illa palea multum grani attulerit eccleſiis, ex quo in immenſum eorum opes creverunt. Confirmat hoc evidenter *Platina in vitis Pontificum, in vita Joan. ſeptimi.* hiſce verbis: *De donatione Conſtantini nihil certi habetur, paleamque juris Pontificii periti appellant, quod ſine frumento ſit. quomodo de confirmatione conſtabit?*

Secundo falſitas hujus donationis inde apparet, quod optimi & fide digniſſimi auctores ejus donationis a Conſtantino factæ non meminerunt.

Tertio confirmatur hæc ſententia ex eo, quod *Euſebius* diſerte ſcribit *lib. 4. de vita Conſtantini Magni, c. 51.* quod *Imp. Conſtantinus Magnus univerſum imperium ſuum, quod ſe ad extremas mundi partes extendebat, inter tres ſuos filios Conſtantium & Conſtantinum & Conſtantem ita diviſerit, ut avita regna majori nato filio, deinde Orientis partes huic ætate proximo, quod vero inter hæc medium interjacebat, tertio filio tribuerit.* Ergo nihil Pontifici Romano relictum eſt.

Quarto comprobatur hæc deciſio ex eo, quod traditur a Pontificibus in *d. c. Conſtantinus.* quod Imp. Conſtantinus tribuerit Sylveſtro ſuper quatuor ſedes, Alexandrinam, Antiochenam, Conſtantinopolitanam, & Hieroſolymitanam principatum, & denique ſuper omnes in univerſo orbe terrarum eccleſias Dei. Atqui Conſtantinopolitana civitas tunc temporis nondum erat extructa, ſed a Conſtantino primum fuit exædificata.

Quinto refutatur ſolide hæc donatio, & dominatio in omnes eccleſias orbis, Pontifici collata, hoc argumento, quia uſurpatio hujus præeminentiæ & dominationis in univerſas eccleſias, certa & infallibilis nota eſt Antichriſti. Sic enim ipſe Pont. Gregorius Magnus *lib. 4. epiſtolarum. epiſt. 32. 34. 36 & 38. & lib. 7. epiſt. 30.* ſcriptum reliquit, quod univerſalis Epiſcopi nomen ſoli & uni Antichriſti præcurſori conveniat. Hoc autem nomen univerſalis Epiſcopi, & capitis eccleſiæ, primus Bonifacius quartus, ab impuriſſimo

riſſimo Imp. Phoca circiter annum Domini 607. ſibi redemit: ſub quo Imp. uno eodemque tempore crudeliſſimum imperium Turcicum duce Mahometo, & idololatricum regnum Pontificium erectum & ſtabilitum eſt.

Sexto falſitas Conſtantinianæ donationis hinc liquido demonſtratur, quia tradere imperium, eſt juramento obligare Senatum Romanum & exercitus, ut illi obtemperent, cui imperium traditur. Atqui nec exercitus, nec Senatus tunc jurabat Romano Epiſcopo. Sed Imperatores Conſtantinus, Julianus, & Juſtinianus, aliique ſucceſſores, ſoli fuerunt exercituum domini, qui & præfectos urbis Romæ conſtituerunt. Deinde Exarchi Imperatorum vicarii fuerunt in Italia circiter annos centum ſexaginta, a Juſtiniano ſecundo uſque ad Pipinum. Itaque hiſtoriæ teſtantur, Pontifices Romanos non tenuiſſe imperium urbis Romæ, aut Italiæ. *Melanth. in Chronic. in vita Conſtantini Magni.*

Septimo etiamſi ex prædictis ſatis liqueat, nunquam fuiſſe factam donationem Urbis & provinciarum a Conſtantino Imp. tamen etiamſi hæc potentia oblata eſſet Sylveſtro Pontifici, non licuit illi eam accipere in ea functione in qua conſtitutus erat, & ſucceſſoribus tradere. Nam quilibet debet officia ſuæ vocationis exequi, juxta dicta S. Scripturæ: *In hoc ſitis ambitioſi, ut ſitis quieti, & faciatis propria.* Regis eſt gubernare exercitus, bella pacemque decernere; Paſtoris autem ſeu Epiſcopi eſt, verbo Dei docere, & inſtituere populum ſibi commiſſum. Itaque paſtores deſtinati miniſterio evangelico, non debent, etiamſi ſibi offeratur, arripere politica imperia: Nemo enim militans Deo implicare ſe debet negotiis ſecularibus.

Octavo ex actis Pontificum, & aliorum hiſtoricorum monumentis abunde apparet, quod illa ambitioſa libido dominandi Pontificum, multa pernitioſa ſchiſmata perperit in eccleſia, & cauſam præbuit, quod longævo & infinito tempore duo Antipapæ ſimul imperarunt. De qua re in hæc verba *Ferrarienſis in practica ſua, in form. reſponſionis rei conventi, in verb.* præſcriptionis, eleganter ſcriptum reliquit: *Schiſma in eccleſia Dei inde exortum, quod duo Papæ ſimul ſunt creati, nunquam ceſſabit, neque eccleſia vel Italia quieſcet, quoad Eccleſia civitates vel caſtra poſſidebit, & a Conſtantino donatio eidem facta (uti fertur) non fuerit per aliquem probum & potentem Imp. penitus revocata; cum non bene conveniat pſalterium cum cithara, nec dictum ſit a Chriſto, nec a beato Petro, quod poſſidere debeant talia, ſed quod eſt Cæſaris, reddatur Cæſari, & quod eſt Dei, Deo.*

Nono hanc donationem jure divino non potuiſſe ſubſiſtere, neque juſte aut licite Pontifices ſibi vindicare juriſdictionem, aut merum & mixtum imperium in regna, provincias, urbes & civitates, inde colligitur, quod Chriſtus dixit Petro *Matth.* 26. *Con-*

verte gladium tuum in locum ſuum. Quicunque enim gladium acceperit, gladio peribit. Accipere autem *gladium* dicuntur, quibus a Deo non traditur, id eſt, qui præter vocationem gladio utuntur, ut faciunt Pontifices Romani.

Decimo & ultimo confirmatur hæc ſententia ex propriis Pontificiorum ſcriptis: ſic enim refert *gl. in can.* 10. *diſt.* 73. Dum ergo poteſtates iſtæ Pont. & Imp. diſtinctæ ſunt, eſt hoc argumentum, quod Papa non habeat utrunque gladium. Idem probat Papa Alex. 4. *in c. ſi duobus. extr. de appell.* ubi reſcribit, quod in temporalibus non poſſit ad Papam appellari, quia temporalia juriſdictionem Papæ non attingunt. Quod & diſerte confirmat *Krantz. lib.* 9. *hiſtor. Saxon. c.* 15. dum inquit: *Gladius ſpiritualis Pontificum nihil habet commune cum gladio ſeculari Imperatorum, quia alter animam, alter corpus conficit.* Quod & præclare comprobat Ambroſius, dum inquit: *Ad Imperatorem pertinent palatia, ad ſacerdotem eccleſia.*

Contra hanc aſſertionem pro confirmatione donationis ab Imp. Conſtantino Pontifici Romano factæ, adferunt adverſarii duo argumenta. Primum depromitur ex *c. ult. Evangeliſtæ Johan.* ubi Chriſtus Petro, & in ejus perſona, omnibus verbi divini miniſtris dixit: *Paſce oves meas.* Ergo Petro, aliiſque Epiſcopis data eſt etiam poteſtas politica imperia conſtituendi & tenendi. Reſp. Hic locus Chriſti non deſignat externum & politicum imperium, ſed tantum Evangelii miniſterium, quia alio loco, *Matth.* ſcilicet 20. *verſ.* 25. & 26. Chriſtus taxans ambitionem Apoſtolorum, qui aliis dominari volebant, & ſic lites & diſſidia excitabant, in hæc verba reſpondit: *Reges gentium dominantur, vos autem non ſic.* Imo ipſi canones Pontificum expreſſe dominationem & primatum in eccleſiis damnant. Sic enim Gregorius Pont. *in c. multi. diſt.* 40. reſcribit: *Quicunque deſideraverit primatum in terra, inveniet confuſionem in cœlo, nec inter ſervos Chriſti computabitur, qui de primatu tractaverit.*

Secundo citant pro ſe Pontificii dictum, quod extat *Lucæ* 22. *verſ.* 38. ubi Apoſtoli Chriſtum hiſce verbis alloquuntur, *Ecce duo gladii hic*: ipſe vero dixit, *Satis eſt.* quæ ſententia citatur a Bonifacio VIII. Pont. *in c. unam ſanctam. in extravag. de obed. & major.* quo loco probare nituntur Pontificii competere Pontifici duos gladios, ſcilicet externum & ſpiritualem. Reſpondetur. Ex hac voce non ſequitur Petrum armatum fuiſſe imperio: nam & ipſe filius Dei præliari eum prohibet. Et cum Chriſtus inquit, *Satis eſt*, querelam ſignificat de duplici genere hoſtium, & perinde eſt, ac ſi dicat: *Satis eſt & Pontificum & Pilati gladios adverſus vos ſtringi.* Ita erudite reſpondet *Melanthon in Chronic. in vita Conſtantini Magni.* Vide *Fr. Guicciardini hiſtoriam de bello Italico, libro* 4. *ſect.* 12. ubi late de eadem falſa donatione Conſtantini agit. *& Bodinum lib.* 1. *de repub. c.* 9. ubi inter cætera inquit,

Johan-

Johannem digitorum Conſtantini donationem quæ dicitur, aureis literis ſcripſiſſe, in cujus extremo hæc verba ſubjiciuntur. Quam fabulam longi temporis mendacia finxerunt. Adde *Camerar. in ſucceſſivis meditat. centur.* 1. *cap.* 61. ubi hanc hiſtoriam non illepidam refert, quod cum Veneti aliquando a Pont. Rom. interpellati eſſent, ut juriſdictionis ſuæ in mari Adriatico jus & titulum oſtenderent, reſpondiſſe, eos Pontifices habere in ſuis archivis, eaque facile reperiri poſſe, ſi donationis Conſtantini membranæ pars exterior, in qua illa majuſculis literis ſcripta eſſet, accuratius inſpiceretur.

ASSERTIO LXXXI.

Et jure naturali & civili feminæ regni ſunt capaces.

Quod nec jure naturali nec civili prohibitum ſit mulieri imperium exercere in ſubditos, patet ex eo, quod jure feudorum ad ſucceſſiones regnorum, ducatuum & comitatuum etiam feminæ admittantur, modo tamen filii maſculi deficiant. *cap. unico.* §. *filia.* 3. *de ſucceſſ. feud.* Eadem ſententia probatur per *cap. dilecti. extr. de arbitr.* ubi dicitur, conſuetudinem moribus approbatam pro lege eſſe ſervandam, quod in partibus Gallicanis feminæ præcellentes in ſuos juriſdictionem habeant ſubditos, idque ea etiam attenta ratione procedit, quod conſuetudo etiam ſecundum jura civilia juriſdictionem tribuit. *l.* 1. & *ult. C. de emanc. lib. c. ex literis. de conſult. l.* 1. *C. quæ ſit long. conſuet. l. an in totum.* 3. *C. de ædif. privat.* Hujus rei quoque illuſtria exempla tam in hiſtoriis divinis, quam prophanis extant. Sic enim legitur *Judicum* 4. Deboram feminam prophetiſſam, univerſum populum Iſraëliticum judicaſſe. Sic in Anglia, Hiſpania, Scotia & Luſitania, regni ſceptra etiam feminis delata fuiſſe ſatis ſuperque hiſtoriæ teſtantur.

Objicitur huic deciſioni locus in *Geneſ. c.* 3. *verſ.* 16. ubi divina lege ſancitur, ut mulier ſit imperio & poteſtati mariti ſubjecta. Ergo ipſa non debet aliis dominari. Reſp. *Viris ſuis*, id eſt, maritis jubentur quidem lege divina mulieres ſubeſſe, ſed tamen non ideo cæteris parere debent: quin imo recte ſubditis imperant, ſi juſte & legitime regnum ſit illis delatum.

Secundo videtur naturali juri repugnare, quod ſceptra imperii feminis deferantur, cum plerumque a natura aptiores & magis idonei ſunt ad imperandum viri, quam feminæ, propter prudentiam, robur, & animi magnitudinem. Reſp. Eſt quidem magis aptum ad imperandum genus maſculinum quam femininum, ſed tamen non ſemper ex lege naturæ efficitur, ut ex bonis boni naſcantur, ex malis mali, nec conſequenter ut quicquid maſculum gignitur, ſit perfectius eo quod naſcitur femininum.

Ter-

Tertium argumentum colligitur ex *l.* 1. *ff. de legib.* ubi lex definitur eſſe prudentium virorum conſultum. Unde concludit Bart. feminas non poſſe leges condere, & per conſequens nec regni ſceptra tenere. Reſp. Poſſunt & feminæ, Reginæ ſeu Principiſſæ in iis terris in quibus hereditario jure dominantur, leges ferre: faciunt id quidem prudentium virorum conſilio, ſicut & Reges, juſſorum tamen vetitorumque auctoritas eſt ab illis. *Connanus lib.* 1. *comm. c.* 4.

Quarto adverſatur *l.* 2. *ff. de R. J.* & *l. ult. C. de recept. arbitr.* ubi ſtatuitur, quod feminæ ab omnibus officiis & muneribus publicis, imo & a magiſtratibus debent eſſe remotæ, idque ex hac ratione, quod pudori & ſexui feminino non conveniat virilibus officiis ſe immiſcere, tum quod propter pudorem & verecundiam eas cœtui publico demonſtrari non deceat, ut ait Imp. Conſtantinus in *l.* 2. *C. de his qui ven. ætat. impetrar.* Reſp. Iſta regula non procedit, ſi hereditario jure regnum ſeu ducatus a parentibus ſeu majoribus, ad mulierem, filiam, forte Regis vel ducis, ſit delatum, quemadmodum in Reginis & Comitiſſis receptum videmus; tunc enim licite & juſte imperare poſſunt. per *d. c. dilecti. extr. de arbitr. Decius ad d. l.* 2. *num.* 3. ubi refert Angelum vidiſſe Joannam Siciliæ reginam in ſolio ſedentem, & ſententiam protuliſſe contra dominos de Balſo. Idem ante Decium refert *Angelus ad d. l.* 2. & *l. cum ſtatur.* §. *ult. ff. de judic.* Similiter 4. *c. judic.* Univerſos filios Iſraël ad Deboram in judicium abiiſſe legimus, eamque feliciter annos XX. regnum Judaicum adminiſtraſſe. Hanc ſententiam quod feminis juſte regna & imperia tribuantur, defendit *Cabotius lib.* 1. *diſput. c.* 15. a qua perperam diſſentit *Bodinus lib.* 6. *de repub. c.* 5. Confirmat & hanc deciſionem, quod feminæ regni ſint capaces, dummodo aliter lex vel conſuetudo patriæ non diſponat. *Lipſius libro* 2. *Politic. cap.* 3. ubi in notis pulchre ait: *An Auguſtum pœnituit Liviam ſuam audiiſſe? Ferdinandum Hiſpaniæ Regem Iſabellam? cui femina Conſalvum, Canarias, novum orbem, ejectos Mauros, & hanc magnitudinem ſuam Hiſpania in parte debet.* Sic etiam noſtro tempore vidimus regnum Anglicum ſub prudentiſſimæ & piiſſimæ reginæ Elizabetæ imperio non tantum opibus & longa pace floruiſſe, ſed etiam eccleſias habuiſſe recte & pie conſtitutas. Quam ſententiam etiam ſolidis & eruditis argumentis confirmat *Petr. Gregor. lib.* 7. *de repub. c.* 11. ubi poſtquam in utranque partem prolixe diſputaſſet, an feminæ ſint regnorum & feudorum capaces, tandem concludit in partem affirmativam feminas ad feuda vel regna eſſe admittendas, niſi ſpecialis lex, vel conſuetudo obſtet.

ASSER-

ASSERTIO LXXXII.

Libri feudorum habent auctoritatem legis generalis.

QUæritur ab interpretibus, an libri feudorum in judiciis ad deciſionem cauſarum feudalium, & in ſcholis ad intentionis noſtræ comprobationem, ſicut reliqui libri juris civilis & canonici allegari poſſint. Et ſtatuendum eſt, quod feuda valeant apud nos, totoque orbe Chriſtiano, non minus quam jus civile, obtineant legis auctoritatem. Quod duobus apertiſſimis argumentis comprobatur. Primo certum eſt libros feudorum in imperio tacite receptos & approbatos eſſe ab Imperatoribus & Principibus, & eam approbationem tacitam ſufficere, ac tanti momenti eſſe, ac ſi expreſſe eſſent approbati. Longo etiam tempore, quod excedit hominum memoriam, paſſim hi libri non ſolum in imperio, ut in Germania, ſed etiam extra imperium, ut in Gallia, Italia, Hiſpania, Luſitania, Belgio, in academiis lecti ſunt & approbati, & in foro uſurpati, ſciente & non contradicente Imperatore. Itaque tacita approbatione ſunt recepti. Nullus Princeps poteſt cauſari ignorantiam hujus juris. Quod enim publice fit, ejus cauſam nemo ignorare debet. *l. ſed ſi.* 11. §. *proſcribere.* 3. *ff. de inſtit. act.* Itaque jura feudorum ſunt conſuetudines univerſales, non ſolum approbatione imperiali, ſed etiam tacito populi conſenſu introductæ: quapropter omnes ligant. *Curt. in* 1. *part. tract. feud. quæſt.* 1. *num.* 12.

Secundo tempus illud memoriam hominum excedens, jus facere dicitur, & æquiparatur privilegio a Principe ex certa ſcientia conceſſo. *l. hoc jure.* 3. §. *ductus aquæ.* 4. *ff. de aq. quot. & æſt.* Relinquitur ergo, uſus feudorum in imperio & extra imperium legis auctoritatem habere, non ſolum in ſeculari foro, ſed etiam eccleſiaſtico: unde etiam in corpus juris civilis ſunt inſertæ. *Zaſ. in proœm. feud. num.* 3. Longe enim omnem auctoritatem legum ſuperat id, quod moribus unanimi conſenſu per multa jam ſæcula receptum eſt & approbatum. *l. de quibus.* 32. & *l. ſeq. ff. de legib.* Hæc opinio eleganter defenditur a *Sonsbecio part.* 1. *feud. num.* 22. *Curt. d. loc. Zaſ. in epit. feudor. in præludiis. Fachin. lib.* 7. *controv. jur. c.* 2.

Objicitur, quod auctores ſeu compilatores feudorum fuerunt privatæ perſonæ, puta, Obertus de Horto, & Gerardus Capagiſti, conſules Mediolanenſes, qui non habuerunt auctoritatem legis condendæ. Reſp. Inter feudorum libros extant etiam Imperatorum placita & conſtitutiones, editæ & promulgatæ ab Imperatoribus, Lothario, Conrado, Henrico, & Friderico, qui ſupremam habuerunt poteſtatem ferendarum legum. Præterea

præ-

prædicti Impp. vetera jura feudorum in quibuſdam locis correxerunt, multa addiderunt & detraxerunt, unde tacite cætera jura feudalia, quorum habuerunt notitiam, approbaſſe & ratificaſſe cenſentur. arg. *l. cum prætor. 12. ff. de judic.* Denique refert *Oldend. in claſſ. 4. de action. beneficiar.* quod hi diuturni uſus feudorum confirmati ſunt per Imp. Fridericum III. precibus Bononienſis collegii.

Secundo opponitur. Conſuetudines inſertæ libris feudorum ſunt potius ſpeciales certorum locorum conſuetudines, quam univerſales. *c.* 1. §. *fin.* in verb. *aliter in curia Mediolanenſi obſervatur. de his qui feud. dar. poſſ. &c. cap.* 1. §. *ultim.* in verb. *non eſt conſuetudo Mediolani, licet contrarium præcipiat lex Longobardica. de alien. patern. feud.* Ergo conſuetudines locales non debent ligare univerſos. §. *jus autem civile.* 1. *inſt. de jur. nat. gent. & civ.* Reſp. conſuetudines feudorum, poſtquam ſunt in ſcripturam redactæ, & tacito populi conſenſu confirmatæ, vim legis cœperunt obtinere. *l. de quibus. 32. ff. de legib.* §. *ex non ſcripto. inſt. de jur. nat. gent. & civ.* Licet ergo a principio iſtæ conſuetudines feudorum fuerint locales, tamen poſtquam ſunt in ſcripta redactæ, & tacito populi conſenſu univerſaliter confirmatæ, univerſales cenſendæ ſunt. Ita reſpondet *Curt. part.* 1. *feud. quæſt.* 1. *num.* 12. & *ult.*

ASSERTIO LXXXIII.

In feudis non acquirit filiusfam. uſumfructum patri.

DUbitari poſſet, quando filiusfam. acquirit feudum, an patri ejus debeatur uſusfructus. Et verius eſt patri non acquiri uſusfructum. Ratio hujus deciſionis adferri poteſt duplex. Prima eſt, quia feudum cum detur propter ſeruitia militaria, eſt peculium caſtrenſe. Unde Harmenopulus feuda recte vocat ςρατιωτικὰ κτήματα, id eſt, militaria prædia. Atqui in caſtrenſi peculio filiusfam. uſumfructum non acquirit patri, ſed ea quæ occaſione militiæ filio obveniunt, in ſolidum ad filium pertinent. §. 1. *inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. l. cum multa.* 7. *C. de bon. quæ liber. in poteſt. patr. conſt. &c.*

Altera ratio eſt, quia filius laborem fert præſtando ſervitia militaria. Ergo æquum eſt, præmia, hoc eſt, commoda feudorum ad eum pertinere.

Opponitur huic deciſioni hoc argumentum. In quibus cauſis jus feudorum nihil nominatim conſtituit, ſervandum eſt jus civile ſcriptum. *c.* 1. *verſ. ſtrenuus. lib. 2. feud. tit.* 1. Sed jus ſcriptum vult omnia, quæ a filiofam. acquiruntur etiam laboribus & induſtria ſua, quo ad uſumfructum acquiri patri. *l. cum oportet. 6. in princ.* in verb. *vel laboribus ſuis ad eum perveniunt. C. de bon. quæ*

lib. &c. Ergo & uſusfructus feudi patri acquiritur. Reſp. Feuda ſunt bona caſtrenſia, quia occaſione militiæ dantur. Atqui in peculiis caſtrenſibus patri non debetur uſusfructus, ſed filiofam. pleno jure acquiruntur. *l. unic. C. de caſtrenſ. omn. palat. pecul.*

Secundo objicitur, quod peculia caſtrenſia non conſiſtunt in bonis immobilibus. *l. ſi forte.* 8. & *l. caſtrenſe.* 11. *ff. de caſtrenſ. pecul.* Ideoque cum feuda conſiſtant tantum in bonis immobilibus, *c.* 1. *lib.* 2. *feud. tit.* 23. non poſſunt dici eſſe bona caſtrenſia. Reſp. In peculio caſtrenſi poſſunt etiam prædia aliaque bona immobilia computari, quando ſcilicet filio in bello vel caſtris agenti, vel contemplatione militiæ ea prædia ſunt donata. Tunc enim ea bona immobilia hoc modo data filiofam. dicuntur & cenſentur caſtrenſia, & proinde in his bonis ſicut & in feudis occaſionis militiæ ſi conceſſis, excludetur pater quoad uſumfructum. textus eſt in *l.* 1. *C. de caſtrenſ. pecul. milit.*

Tertio movetur hoc argumentum non parvi momenti. Feudum nihil aliud eſt quam uſusfructus quidam rei immobilis. *cap.* 1. *in fin. in quib. cauſ. feud. amitt. lib.* 2. *feud. tit.* 23. Sed ſi uſusfructus filiofam. relinquatur, certum eſt eum patri acquiri. *l. ult. C. de uſusfructu.* Ergo & feudi commoditas atque uſusfructus acquiretur patri. Reſp. Procedit hoc argumentum quidem in ſimplici & proprio uſufructu, qui filiofam. relictus, debetur patri. Verum aliud obtinet in uſufructu feudi, qui non acquiritur patri, ſed apud filium manere debet. Idque ex ea ratione colligitur, quia vaſallus propter feudum domino ſervitia præſtare tenetur. Atqui ſi careat fructibus & proventibus feudi, non poterit commode domino ſervire. Hanc ſententiam quod uſumfructum bonorum feudalium pater non lucrifaciat, amplectuntur & defendunt *Claudius de Siſell.* & *Zaſ. in* 4. *part. tract. feud. Vultejus de feud. c.* 4. *Borcholt. c.* 5. *num.* 48. *Fachin. lib.* 7. *controv. jur. cap.* 77. Diſſentit *Sonſbecius part.* 7. *feud. num.* 7.

ASSERTIO LXXXIV.

Minor ſine auctoritate curatoris poteſt de antiquo feudo inveſtire.

MInor antiqui feudi renovationem ſine auctoritate tutoris, curatorisve conſenſu facere poteſt. Quod probatur per *c.* 1. *per quos fiat. inveſt. &c.* ubi indiſtincte feudiſta dicit, quod *inveſtitura de veteri feudo etiam a minore fieri poſſit.* Ita ſentiunt *Borcholt. in tract. de feud. cap.* 5. *num.* 40. *Vultejus de feud. cap.* 3. *num.* 7. Contrariam opinionem tenent *Hotom. in d. c.* 1. *per quos fiat inveſt. Duar. de feud. c.* 6. *num.* 19. *Sonſbec. part.* 6. *num.* 7.

Objicitur *l. obligari.* 9. §. *pupillus.* 2. *ff. de auct. & conſenſ. tutor. & curat.*

curat. ubi dicitur, quod ſolvere pupillus non poſſit ſine auctoritate tutoris. Ergo nec poteſt abſque auctoritate tutoris pupillus vel minor inveſtire vaſallum de feudo antiquo. Sonsbecius vult minorem poſſe antiquum feudum renovare, ſive de eo vaſallum inveſtire, ſi non habeat curatorem: alias ſi habeat curatorem, debet cum ejus auctoritate de veteri feudo inveſtire. Verior tamen videtur ſententia, quod minores ſine curatoris auctoritate de antiquo feudo inveſtire poſſint, quia non videtur alienare, qui veterem alienationem confirmat, *l. 1. §. aquaductus. ff. de aqua quot. & aſt.* & minor non alienat hoc caſu feudum, ſed quod alienatum erat a parentibus, juris neceſſitate impellente approbat.

Secundo opponitur hoc modo: Quoties pupillus vel minor ſuam conditionem faciunt deteriorem, vel quoties obligantur ex aliquo contractu, tunc requiritur auctoritas tutoris, vel conſenſus curatoris. *princ. inſt. de auct. tutor.* Sed pupillus concedendo feudum poteſt ſuam conditionem facere deteriorem, quia obligat ſe vaſallo: nam ex conceſſione feudi mutua naſcitur obligatio inter dominum & vaſallum, ita ut quibus ex cauſis vaſallus feudo privatur, ex iiſdem cauſis dominus proprietate privetur. textus ſunt in *c. unico. §. domino ſi de feud. defunct. content. ſit int. domin. & agn. vaſall. c. unic. qual. domn. propriet. feud. priv.* Reſp. Minor & pupillus non faciunt ſuam conditionem deteriorem, ſed meliorem, inveſtiendo de feudo antiquo. Utile enim eſt, atque intereſt minoris, quod ſemel debet ſolvere, & quod tradendum eſt, ſemel dare mature, ut vaſallum obligatum ad defenſionem ſalutis ſuæ ac fortunarum habeat maturius. Quod ſi interſit minoris feudum datum non eſſe, hoc caſu ſine curatore nulla intelligi videtur facta fuiſſe conceſſio, quippe cum nec liquidum debitum ſine eo ſolvi poſſit. *l. obligari. 9. §. pupillus. 2. ff. de auct. & conſenſ. tutor. & curat.*

ASSERTIO LXXXV.

Femina feudum dare poteſt.

QUæritur, an fœmina feudum dare poſſit. Et reſpondetur, quod poſſit. textus eſt in *§. feminam. per quos fiat. inveſt. &c. lib. 2. feud. tit. 3,*

Sed objicitur, quod dicitur in *c. unic. in fin. de inveſt. in marit. fact.* & *c. unic. an apud. jud. vel curiam dom. queſt. feudi deb. termin.* & *c. 1. §. ult. de prohibit. feud. alienat. per Frideric.* cum qui feudum dat, habere juriſdictionem: quod in feminam cadere non poſſe explorati juris eſt, cum jure civili Romano feminæ ab omnibus muneribus & officiis civilibus & publicis arceantur. *l. feminæ. 2. ff. de R. J.* Reſp. Inveterata conſuetudo retinenda eſt, donec per

contrariam conſuetudinem tollatur. Moribus autem introduci poteſt, ut feminæ magiſtratum gerant, & officio judicandi fungantur. *c. delicti. extr. de arbit.* Sic uſu receptum videmus in Anglia, Luſitania, Hiſpania, Scotia, ut feminæ regia ſceptra teneant. Ita Angelus Johannam Siciliæ Reginam ſedentem in ſolio ſe vidiſſe refert, & ferentem ſententiam contra Dominos de Balſo. Notat *Decius ad d. l. femina.*

Secundo obſtat, quod femina feudi capax non eſt, & proinde quod ipſa non habet, alteri dare non poteſt. arg. *l. nemo plus juris. 54. ff. de R. J.* Reſp. Dubium non eſt, quin femina feudum habere poſſit, ſi ita expreſſe in inveſtitura convenerit, ut femina in feudo ſuccedat. Abſque ea expreſſa conventione in feudo ſuccedere non poteſt. *cap.* 1. §. *filia. de ſucceſſ. feud. lib.* 1. *feud. tit.* 8.

ASSERTIO LXXXVI.

Duobus inveſtitis de feudo is præfertur, cui prius poſſeſſio feudi tradita eſt.

QUæritur, ſi duo de eodem feudo ſint inveſtiti diverſis temporibus, & alteri primo tradita ſit poſſeſſio feudi, quis præferendus ſit? Et ſtatuendum eſt, quod ille præferendus ſit, cui prius dominus poſſeſſionem feudi tradiderit, licet alter prius ſit inveſtitus. Confirmatur hæc deciſio, quia per traditionem demum acquiritur feudi dominium, ideoque antequam feudum ſit traditum primo inveſtito, illius dominium manet penes dominum concedentem feudum. arg. *l. penult. C. de rei vind. l. alienatum. 67. ff. de V. S.* Ac proinde feudum per traditionem transfertur in eum qui poſtea inveſtitus eſt. *l. qui tibi. 6. C. de hered. vel act. vend.* Quinimo manifeſta hujus ſententiæ comprobatio extat in *l. quoties. 15. C. de rei vind.* ubi ſtatuitur, quod ſi dominus duobus diverſis temporius eundem fundum vendiderit, ille potior eſt & præfertur in dominio fundi, cui prius poſſeſſio fundi tradita eſt, licet alter prius fundum emerit. Hæc cum ita jure communi ſint conſtituta, nec contrarium uſu feudorum ſit ſtatutum, videtur inhærendum juri communi. arg. *c. 2. de feud. cognit.*

Duo argumenta contra hanc ſententiam adferuntur. Primum eſt, quod feudum alicui conceſſum, non poteſt ei ſine juſta cauſa auferri. *c. 1. de feud. ſine culp. non amitt.* Ergo non licet domino, poſtquam unum inveſtivit, alium inveſtire in eodem feudo, quia videtur feudum priori datum adimere ſine juſta cauſa. Reſp. ſub diſtinctione. Aut dominus aliquem inveſtivit in feudo, tradendo ei poſſeſſionem corporalem, quæ dicitur inveſtitura propria, & tunc non poteſt ei feudum adimere, & alteri dare ſine juſta cauſa. Aut dominus conceſſit alicui feudi inveſtituram per haſtam,

ſtam, vexillum vel enſem, quæ dicitur impropria inveſtitura. *c.* 1. *quid ſit inveſt.* & tunc tenetur quidem inveſtitum in poſſeſſionem mittere: ſed ſi non fecerit, verum alterum de eodem feudo inveſtierit, & illi poſſeſſionem tradiderit, hic poſterior inveſtitus præfertur, ſed dominus tenetur primo inveſtito ad id quod intereſt, præſtare. Quoties enim dominus non habet facultatem tradendæ rei venditæ, ad id quod intereſt emtoris condemnatur. *l.* 1. *ff. de action. empt. l. ſi traditio.* 4. *C. eod.*

Secundo opponitur, quod in feudis idem operatur inveſtitura, quod traditio rei. *c. quib. mod. feud. conſtit. poteſt.* Ergo prior inveſtitus de feudo adhuc præferendus eſt, licet non acceperit poſſeſſionem feudi. Reſp. Quod dicitur, inveſtituram idem operari, quod traditionem rei, intelligendum eſt de vera & propria inveſtitura, per quam poſſeſſio transfertur. *c.* 1. *quid ſit inveſtit.* Abuſiva vero & impropria inveſtitura non eundem effectum obtinet. Hanc ſententiam, quod is, cui poſſeſſio feudi tradita eſt, præferatur priori inveſtito, amplectuntur *Minſ. cent.* 4. *obſ.* 61. *Piſtor. part.* 2. *quæſt. cap.* 29. *Fachin. lib.* 7. *controv. jur. c.* 32. & 33.

ASSERTIO LXXXVII.

Clerici in feudis non ſuccedunt.

QUæritur an clericus in feudo ſuccedat? Dicendum eſt, verius eſſe eum non ſuccedere cum fratribus ſuis laicis patri in feudo. Ratio eſt, quia impeditus divinis miniſteriis, non poteſt domino ſervitia perſonaliter præſtare. *c. unic. de vaſall. milit. qui arm. bellic. depoſ.* Probatur & apertis textibus hæc deciſio *c.* 1. §. *ex hoc. de feud. femina. c.* 1. §. *qui clericus. ſi de feud. def. cont. ſit. &c.* Defendunt hanc ſententiam *Piſtor. part.* 2. *quæſt.* 33. *Minſ. cent.* 5. *obſervat.* 48. *Afflict. deciſ.* 320. ubi ita judicatum fuiſſe ſcribit. Diſſidet *Scurff. cent.* 1. *conſ.* 68. *Mart. Laud. in tit. qui feud. dare poſſ.* §. *& quia. num.* 10. poſt plures alios quos refert.

Opponitur *c.* 1. §. *ult. de capit. Corradi. lib.* 2. *feud. tit.* 40. ubi dicitur clericum recte feudum accipere & poſſidere. Reſp. Ab initio primum feudum recte clericis confertur. Nam poteſt quilibet de rebus ſuis, ut eſt moderator & arbiter rerum ſuarum, gratiam facere quibus vult. Poteſt enim dare quibuſlibet, quare ergo eodem modo clerico in feudum dare non poſſet. Sed non poteſt clericus ſuccedere in feudo jam ante familiæ ſuæ conceſſo, quia factus miles Chriſti non poteſt eſſe miles ſeculi. Eſt enim talis, qui jam ſervire non poteſt. *c.* 1. *de vaſall. mil. qui arm. bellic. depoſ. c.* 1. *in fin. an mut. vel ſurd. vel alias imperf. feud. retin. lib.* 2. *feud. tit.* 36.

libero. Secunda quando expreſſe cautum eſt, præſtari debere ſervitium reale, ſeu etiam perſonale, dummodo honeſte illud per eccleſiaſticam perſonam exhiberi valeat. Tertia eſt quando feudum eſſet ad omnem heredem tranſitorium, puta quia in inveſtitura dictum ſit, pro ſe & heredibus quibuſcunque, vel quibus dederit. Quarta eſt, quando clericus admitti vellet per modum ſucceſſionis, non per viam inveſtituræ, tanquam vocatus ex veteri inveſtitura. Quinta eſt in feudis eccleſiaſticis. Sexta in fratribus Hieroſolymitanis. Ratio adducitur hujus fallentiæ: *Quia omnino arma non depoſuerunt, cum Deo ſerviant in armata militia contra infideles.*

ASSERTIO LXXXVIII.

Feminæ in feudo emtitio non ſuccedunt.

PRobatur hæc deciſio per regulam feudalem, quæ ſic habet: *Quoties in certis partibus mutatur natura feudi, tunc in aliis partibus ſemper retinetur & ſervatur feudi proprietas. c. unic. de feud. non hab. prop. feud. nat.* Ergo licet feudi natura in eo mutatur, quod pecunia acquiratur, tamen in aliis partibus communem naturam feudi retinet, quæ hæc eſt, ut feminæ a ſucceſſione fundi arceantur. Secundo probatur per alteram certiſſimam regulam feudalem, quod *feminæ a feudis excluduntur, niſi nominatim illis pacto ſit proviſum, ut ſuccedant in feudo. c. 1. §. filia. de ſucceſ. feud. c. 1. de nat. ſucceſſ. feud.* Contrariam ſententiam, quod in feudo emtitio feminæ ſuccedunt, licet pacto id non ſit expreſſum, tenet *Odofred. in ſua ſumma feudi. tit. qui in feud. ſuccedere poſſunt.* & conatur ſuam opinionem ſtabilire hiſce argumentis.

Primo feudum emtitium non eſt proprie feudum, quia feudum non prætextu pecuniæ, ſed ex amore & benevolentia domini acquiri debet. *c. 1. de feud. dat. in vic. leg. commiſſ. reprob.* Ideoque nec leges, quæ de proprio feudo loquuntur, in emtitio locum habere poſſunt: & proinde cum a ſucceſſione feudi proprie ſumpti arceantur feminæ, conſequens eſt eas in feudo emtitio, tanquam improprio ſuccedere. arg. *c. 1. de feud. femin.* Reſp. Licet feudum emtum non ſit proprie feudum, quoad hoc quod pecunia acquiſitum eſt, jure tamen feudi debet cenſeri, & in aliis partibus feudalibus ſecundum regulas propriorum feudorum determinari. arg. *c. 1. de feud. non hab. prop. natur.* Cum ergo nuſquam leges feudales excipiant feudum emtitium, debet ſecundum alias generales regulas feudi cenſeri, quæ feminas a ſucceſſione feudi excludunt.

Secundo in contrarium ita argumentatur. Quoties feudum

emtitium eſt, acquiritur potius ex contractu emtionis, quam jure feudi. Atqui in contractibus hæc ſervatur regula, quod contractus & pacta tranſeant ad heredes tam maſculos quam feminas. *l. ſi pactum. 9. ff. de probat. l. maximum vitium. 4. C. de lib. præter. vel exhered.* Reſp. Feudum emtitium tranſit ad heredes quidem, ſed maſculos tantum, non etiam feminas, quia non amittit omnem ſuam naturam. Feudum enim manet & vocatur, licet emtum pretio fuerit. *c. 1. denatur. feud.* in verb. *vel niſi emerint feudum. c. 1. de feudo dat. minimi. valvaſ. quid jur. ſit. c. 1. de benef. fratr. & qualit. fratr. &c.* Hanc ſententiam, quod in feudo emtitio feminæ non ſuccedant, amplectuntur *Sonsbec. in 9. part. feud. num. 121. Minſ. cent. 5. obſ. 73. Fachin. lib. 7. controv. jur. c. 37.* Diſſentit *Curtius in tract. feudor. 3. part. princip. quæſt. 1. num. 6. 7. & 8.*

ASSERTIO LXXXIX.

Feudo alienato a vaſallo ſine conſenſu domini, ne quidem 30 vel 40 annis præſcribitur directum dominium in præjudicium domini.

GRavis & ardua eſt quæſtio, utrum ſpacio 30 vel 40 annorum directum dominium feudi a vaſallo conſenſu domini alienati præſcribatur adverſus dominum feudi? Et verior probabiliorque eſt ſententia, quod accipiens feudum a vaſallo inſcio domino alienatum, ne quidem 30 vel 40 annis illud præſcribere poſſit. Hæc ſententia primo manifeſte probatur per textum in *c. 1. verſ. præterea de capit. Corradi.* ubi Imp. Conradus reſcribit in hæc verba: *Præterea liceat dominis omnes alienationes feudi factas, nulla obſtante præſcriptione, revocare.* qui textus non poſſet eſſe clarior. Secundo hanc ſententiam pleniſſime comprobat *c. 1. §. unde Imperator. de prohib. feud. alien. per Frideric.* cujus hæc ſunt verba: *Nos ad pleniorem regni utilitatem proſpicientes non ſolum in poſterum, ſed etiam hactenus illicitas alienationes perpetratas præſenti lege caſſamus & in irritum deducimus, nullius temporis præſcriptione impediente. Quia quod ab initio de jure non valuit, tractu temporis convaleſcere non debet.* Quæ verba non poſſent eſſe clariora, ubi cum Imper. Fridericus ſtatuerit illicitis alienationibus nullam omnino obſtare præſcriptionem, procul dubio voluit etiam ne quidem 30 vel 40 annorum præſcriptionem obſtare. Remoto enim genere, & omnes ejus ſpecies removentur. Eamque fuiſſe Imp. ſententiam, duæ urgentes & efficaces rationes ab Imperatore ſubjectæ liquido demonſtrant. Prima eſt, quia iſtæ alienationes & tricennales præſcriptiones feudorum, in ſummam imperii diminutionem & reipub. interitum tendunt.

Nam

Nam vaſalli diſtractis bonis & ſic feudis exuti, non poſſunt præſtare dominis ſervitia, per quod imperii vires maxime attenuantur, dum proceres milites ſuos. h. e. vaſallos ad expeditionem Principis traducere non poſſunt, ut pulchre habet *c. 1. de prohib. alien. feud. per Lothar.* & *c. 1. de prohib. feud. alien. per Frider.* Altera ratio eſt, quia *quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere non debet*, quæ ratio etiam 30 annorum præſcriptioni convenit.

Objicitur primo huic deciſioni, quod omnis actio, ſive in perſonam ſit, ſive in rem, 30 vel 40 annis præſcribatur, quæ longiſſimæ præſcriptiones propter deſides, rerumque ſuarum deſertores ſunt introductæ. *l. ſicut. 3. l. omnes. 4. l. cum notiſſimi. 7. C. de præſcript. 30 vel 40 annor.* Reſp. Regulariter quidem verum eſt, actiones 30 vel 40 annorum ſpacio extingui: niſi ſpecialis quædam lex extet, qua caveatur, nullam omnino præſcriptionem locum habere. Atqui in hoc noſtro caſu omnis præſcriptio ab Imper. in univerſum prohibita eſt per *c. 1. de capit. Corradi.* & *c. 1. de prohib. feud. alien. per Friderie.*

Secundo obſtat textus in *c. 1. §. porro. Qualit. olim feud. pot. alien.* ubi habetur, quod præſcriptione 30 annorum dominus tam ignorans quam ſciens a feudi repetitione ſubmoveatur. Reſp. Ille textus non loquitur de illicita alienatione, ſed tractat de tali præſcriptione, per quam dominus excluditur a jure redimendi feudi, eo caſu, quo alienatio valet. Deinde ante tempora Imp. Conradi poterat feudum pro parte vel totum alienatum 30 annis, ut ibi dicitur, præſcribi. Verum Conradus & poſt eum Lotharius & Fridericus Impp. animadvertentes hoc cedere in detrimentum reipubl. poſtea ſimpliciter ſuis conſtitutionibus omnes præſcriptiones prohibuerunt, iniquum exiſtimantes, vaſallos ex delicto compendium facere, dominos vero ex officio damnum ſentire.

Tertio opponitur *§. ſi quis per 30. c. 1. Si de feud. defunct. content. ſit int. domin. & agnat. defunct.* ubi dicitur: *Si quis per 30 annos prædium aliquod tanquam feudum poſſedit, & ſervitium domino exhibuit, quamvis de eo non ſit inveſtitus, quod 30 annorum præſcriptione ſe tueri poſſit.* Si ergo 30 annis res allodialis ut feudum præſcriptione acquiri poterit, a contrario ſenſu ſequitur, quod feudo a vaſallo alienato, ſaltem 30 annis dominus poſſit amittere feudum, ut ſcilicet præſcribens pleno jure illud ſibi acquirat tanquam prædium allodiale. Reſp. Longe diverſa hæc ſunt, nec eadem militat ratio, quia aliud eſt, feudum ut rem allodialem præſcribere, aliud feudum præſcriptione acquirere, quia in caſu *d. §. ſi quis per 30.* non patitur reſpub. detrimentum, ſed augetur, quia tenetur jam ſervire vaſallus: ſecus in noſtro caſu, ubi periret ſervitium. Præterea potuiſſet rem illam allodialem 30 annis ut

propriam præſcripſiſſe. *l.* 1. *C. de annal. except.* Ergo multo magis ut feudum præſcribet. Hanc ſententiam, quod dominus 30 vel 40 annorum præſcriptione non amittat feudum illicite alienatum, amplectuntur & defendunt *Jacob. de Ardizo in ſumm. ſua tit. quib. mod. feud. acquir. Andr. de Iſer.* & *Schenck, in c. præterea. de capit. Corradi. Sonsbec. part.* 12. *feud. num.* 155. *Fachin. lib.* 7. *controv. jur. c.* 61. Limitatur tamen hæc deciſio, niſi dominus, & ii quorum intereſt, præſentes & ſcientes patiantur alienari & præſcribi feudum citra contradictionem. Illo enim caſu etiam hodie poſſet præſcribi feudum, per *c. qui tacet. de R. J. in 6. c. continebatur. de his quæ fiunt a prælat. ſine conſenſ. capit.* Ita etiam ſentire videtur *gloſſa in c.* 1. *quid jur. ſi poſt. alien. feudi vaſal. id recup.* arg. *c.* 1. §. *præterea. mod. feud. amitt. Sonsbec. d. loco num.* 163.

ASSERTIO XC.

Vaſallus ſine venia dominum feudi in jus vocare poteſt.

DIgladiantur & contendunt acriter inter ſe DD. an vaſallus dominum in jus vocare poſſit non impetrata venia. Et communior receptiorque eſt DD. ſententia, quod vaſallus coram paribus curiæ cum domino ſuo litigare volens, poſſit dominum feudi non impetrata venia in jus vocare. Ratio decidendi eſt, quia edictum prætoris, quo certæ perſonæ ſine permiſſu prætoris in jus vocari prohibentur, vaſallum non comprehendit. Ergo cum hoc edictum ſit pœnale. *l. penult. ff. de in jus vocand.* non debet ad alios caſus in eo expreſſe non comprehenſos extendi, ſed in ſuis caſibus duntaxat obtinebit. Hæc eſt communis DD. opinio, quam adſeſſores ſupremi tribunalis in Camera imperii judicando ſunt ſecuti, teſte *Minſ. cent.* 4. *obſ.* 92. *Borcholt. de feudis. cap.* 10. *num.* 38. *And. Gail. lib. ſing. de pignerat. c.* 15. *num.* 4.

Contra hanc deciſionem adfertur tale argumentum. Libertus patronum ſine venia in jus vocare non poteſt. Sed vaſallus & libertus æquiparantur. *Præſes Ever. in topic. in loco a liberto ad vaſal.* Ergo & vaſallo opus eſt veniæ impetratione, ſi dominum in jus vocare velit. Reſp. Licet in multis vaſallus & libertus inter ſe pares & æquales habeantur, non tamen in omnibus hæc æquiparatio procedit. Longe enim arctius libertus adſtrictus eſt patrono, a quo accepit libertatem rem inæſtimabilem. *l. libertas.* 122. *ff. de R. J.* quam vaſallus domino, qui tantum feudum accepit, ut ipſe heredeſque ejus domino fideliter ſerviant. Adhæc æqualis eſt fidei relatio inter dominum & vaſallum: ſicut enim vaſallus domino, ita e contra dominus vaſallo reciproca fide eſt obſtrictus. textus eſt ſingularis & notab. in *c. unic. de form. fidel.* quem textum jus ſan-

ctum continere, ſed dominis terribilem eſſe Bald. ibid. notat. quod de patrono & liberto nullibi ſcriptum reperitur. Fallax ergo argumentandi genus a vaſallo ad libertum. *Præſes Ever. d. loco. num. ult. Minſ. cent. 4. obſervat. 91.*

Secundo in contrarium adfertur *l. generaliter. 13. ff. de in jus vocand.* ubi traditur, *generaliter eas perſonas, quibus reverentia debetur, in jus vocari non poſſe ſine venia prætoris.* Ergo cum vaſallus domino honorem, fidem & reverentiam exhibere teneatur, illum quoque abſque venia in jus non vocabit. Reſp. Dicendum eſt, quod ne prædicta lex ſuperflua cenſeatur, illam hoc modo accipiendam eſſe, ut de illis perſonis accipiatur, quæ parentum loco habentur, ut ſunt ſocer, ſocrus, noverca & vitricus. Præterea & propter reverentiam marito debitam uxor eum non poterit in jus ſine venia prætoris vocare. arg. *l. alia. 14.* in fin. *ff. ſolut. matrim. Cujac. lib. obſ. 10. c. 10.*

Tertio opponitur *c. unic. de vaſal. mil. qui cont. eſt.* ubi dicitur, quoties vaſallus de domino conqueritur, debet adire curiam, & *ſalva reverentia*, de jure ſuo cum domino experiri. Reſp. Hæc verba *ſalva reverentia*, ad famoſam actionem, quam vaſallus honeſtis verbis moderari debet, non ad citationem ſunt reſtringenda. Sic enim in ſimili liberi & liberti contra parentes & patronos actionem famoſam de dolo intendere non poſſunt, ſed loco ejus actionem in factum omiſſa doli mentione proponere debent. *l. non debet. 11. ff. de dolo.* Itaque hæc ſententia tanquam verior & juri magis conſentanea retinenda eſt, quod vaſallus dominum feudi ſine venia in jus vocare poterit.

ASSERTIO XCI.

Mutus, ſurdus, cæcus, furioſus, vel aliter imperfectus, in feudo non ſuccedunt.

Comprobatur hæc deciſio hoc firmiſſimo argumento. Vaſallus tenetur dominum in acie & prælio dimicantem adjuvare, & alia ſervitia militaria ei præſtare. *c. unic. §. eſt & alia. quæ fuit prim. cauſ. benef. amitt. c. unic. quib. mod. feud. amitt. c. unic. verſ. & ſi ſcivero. de nova form. fidel.* Hæc facere non poſſunt mutus, ſurdus, cæcus, furioſus. Ergo merito a feudi ſucceſſione arcentur.

Verum in hac controverſa quæſtione duo occurrunt textus feudales mire variantes & diſſidentes. Nam primo in *c. unic. an mutus vel al. imperf. feud. retin.* ita conſtitutum eſt: *Mutus & ſurdus, cæcus, claudus, vel aliter imperfectus, etiamſi ſic natus ſit, totum feudum retinebit. Quidam tamen dicunt, eum qui talis natus eſt, feudum retinere non poſſe, quia ipſum ſervire non valet.* In *tit.* vero *Epiſc. & Abbat. feud. dare non poſſ. §. ult.* in hæc verba reſponſum eſt:

Mutus

Mutus feudum retinere non poteſt: ſed ſi feudum fuerit magnum, quo ei ablato ſe exhibere non valeat, tantum ei relinqui debet, unde ſe ſuſtinere poſſit. Et his caſibus feudum amittitur, & ad dominum reverti debet. Communiter DD. hæc capitula ita conciliant. Aut quis eſt a natura imperfectus, mutus, ſurdus, cæcus & furioſus, nullaque ſpes ſupereſt convaleſcendi, & hic nec in feudo novo, nec in paterno ſuccedit. Aut factus eſt imperfectus ex accidenti, vitiumque hoc corporis vel animi medicorum arte eſt ſanabile, & tunc in feudo ſuccedet, & per ſubſtitutum præſtare poterit ſervitia. Hanc ſententiam ſequuntur & approbant *Alvarot. Prapoſ. Schenck. Baro in c. unic. §. fin. Epiſc. vel Abbat. &c. Sonsbec. parte. 12. de feud. num.* 133. *Weſemb. de feud. c.* 6. *num.* 20. Et hæc opinio videtur ſatis comprobari in *d. c. unic. an mutus vel al. imperfeti. &c.* ubi cum primo poſita eſſet opinio Gerardi & Oberti, quod mutus, ſurdus, cæcus, etiamſi ita nati ſint, in feudo ſuccedant, poſtea ſubjicitur diverſa & contraria opinio, hiſce verbis: *Quidam dicunt, eum qui talis natus eſt feudum retinere non poſſe.* Ex quibus apparet in poſteriori ſententia & opinione, quæ plerumque derogat priori, feudorum auctores conſiſtere, quod ſcilicet mutus, ſurdus, cæcus, vel aliter imperfectus, ſi ita nati ſint, feudum retinere, vel in eo ſuccedere non poſſint. Si vero non ita nati ſint, ſed caſu aliquo ſuperveniente, vel ex accidenti cæci, muti, vel ſurdi facti ſint, tunc in feudo ſuccedant. Ita docet *Fachin. lib.* 7. *controv. jur. c.* 34.

Sed in hac difficili controverſia hæc potius diſtinctio, tanquam textibus juris magis accommodata, mihi ſequenda videtur. Aut hi a natura ita procreati ſunt; & tunc in feudo non ſuccedunt. *d. c. unic. §. fin. Epiſc. vel Abbat. &c.* Aut caſu aliquo ſine culpa, & ex accedenti ita facti ſunt; & tunc quidem feudum ante imperfectionem inveſtitura vel ſucceſſione acquiſitum retinent, & per ſubſtitutum ſervitia præſtabunt. Ita accipi debet *c. unic. in fin. an mut. vel al. imperf. feud. retin.* At in feudo nondum acquiſito non ſuccedunt, ſive imperfecti nati vel caſu aliquo facti ſint ante acquiſitionem feudi. Et ita intelligi debet *c. unic. §. fin. Epiſc. vel Abbat. &c.* Vel ut brevius & apertius dicam: Imperfecti quocunque modo, ſive a natura, ſive ex accidenti, in feudo non ſuccedunt, ſed retinent feudum acquiſitum, ſi poſt acquiſitionem & poſſeſſionem feudi vitium illud imperfectionis vel inhabilitatis ſuperveniat. Ita decidit eleganter *Vultejus de feudis, c.* 9. *num.* 64. & hoc modo hæc duo capitula diſſidentia conciliat.

Illud extra controverſiam eſt, quod feudum de novo recipere poſſunt, qui ex accidenti, vel etiam a natura muti, ſurdi, cæci, claudi, dementes, vel alias imperfecti ſunt. *Bald. & Alvar. in c. unic. §. fin. Epiſc. vel Abbat. &c.* Dominus enim illorum defectum ſciens,

ſciens, & iiſdem feudum concedens, ipſis etiam gratiam facere cenſetur. ut ſi per ſe commode ſervire non poſſunt, ſaltem per ſubſtitutum ſerviant.

ASSERTIO XCII.

Liberi legitimati per ſubſequens matrimonium in feudo non ſuccedunt.

NAturales filii ex concubina nati in feudis non ſuccedunt, ſive extent alii liberi legitimi & naturales, ſive non. §. *naturales. ſi de feud. def. content. ſit. &c. lib. 2. feud. tit.* 26, Quod procedit ſive feudum ſit paternum, ſive maternum. Unde licet filius naturalis vel ſpurius de jure communi matri ſuccedat in bonis allodialibus, *l. ſi qua illuſtris. 5. C. ad SC. Orfit.* in feudis tamen non ſuccedit, etiamſi feudum ſit femineum, materque nullos alios liberos habeat. *And. de Iſer. in d.* §. *naturales.* Cujus juris ratio hæc eſt, quod domino paribuſque curiæ minus ſit honorificum, in ſuo conſortio, ſive ſodalitio habere homines natalibus ſuis maculatos.

Sed quæritur & controvertitur ab interpretibus, anne legitimati per ſubſequens matrimonium ſuccedant in feudis. Et quidem inſpectis textibus feudalibus, hæc quæſtio ſatis clare eſt definita, quod ſcilicet legitimati, quocunque etiam modo ſint legitimati, arceantur a ſucceſſione feudi, per *d.* §. *naturales. ſi de feud. defunct. content. ſit. &c.* ubi expreſſis verbis deciditur, quod ***naturales filii, licet poſtea fiant legitimi, ad ſucceſſionem feudi non admittuntur.*** ubi cum textus non diſtinguat in legitimatis, ſed indiſtincte omnes legitimatos a ſucceſſione feudi repellat, neque nos diſtinguere debemus. Quod vero textibus feudalibus certo fuit deciſum, id ipſi interpretes ſuis diſtinctionibus incertum fecerunt. Statuunt namque communiter DD. quod legitimati per ſubſequens matrimonium in feudis indiſtincte ſuccedant, non vero legitimati per reſcriptum Principis. Ita tradunt *Jacob. de Belui.* & *Andr. de Iſer. in d.* §. *naturales.* Et hanc ſententiam, quod legitimati per ſubſequens matrimonium in feudis quoque ſuccedant, receptam eſſe uſu in provinciis Hollandiæ & Weſt-friſiæ, notat nobiliſſimus JCtus *Cornelius Neoſtadius in tract. de ſucceſſ. feud. Holl. & Friſ. c. 5. num.* 79. Quin imo & in Camera Imperii hæc ſententia judicando approbata eſt, ut notat *Minſ. cent. 5. obſerv.* 42. *Weſemb. de feud. cap. 6.* Denique & hæc ſententia quod legitimati etiam per reſcriptum Principis tantum conſequantur in bonis legitimantis, quantum jus naturæ tribuit legitimis, judicando comprobata eſt in curia provinciali Hollandiæ in cauſa ſeu lite pendente inter feminam quandam Santiam, & neptem ejus Mariam,

riam, quæ reſcripto Principis erat legitimata. Ita deciſum extat in *deciſionibus ſupremi ſenatus Holl. Zel. & Weſt-Friſ. deciſ.* 10.

Communis hæc diſtinctio DD. hoc fundamento nititur, quod per matrimonium ſubſequens omnis macula, quæ erat circa natales, ſit ſublata, quodque tempus hujus legitimationis conjungatur cum tempore conceptionis, ut ita medium tempus nunquam fingatur in rerum natura extitiſſe, atque adeo nunquam illegitimos fuiſſe. per *c. tanta. extr. qui fil. ſunt legit.*

Sed ad hoc argumentum DD. reſpondetur, quod etſi matrimonio ſubſequenti omnia vitia purgata eſſe cenſeantur, id tamen reſpectu ipſorum natalium magis fictione quam veritate ſubſiſtit. Et quidem, ut recte dicebat *Baldus, vulnus natalium legitimatione conſolidatur, interim remanet tamen aliqua cicatrix*, quæ occaſionem huic juri feudali inducendo dediſſe videtur: cum omnem omnino maculam, imo & ſuſpicionem maculæ alicujus, dominus feudi & pares curiæ a curia remotam vellent. Præterea jure quidem civili & canonico omnia vitia priora tolluntur per ſubſequens matrimonium, ita ut qui eſt effectus utriuſque illius juris, æque pertineat ad legitimatos per ſubſequens matrimonium, atque ad eum qui ab initio legitime natus eſt. Sed quia hoc jure feudali non eſt conſtitutum, ſed potius in genere legitimati ſine diſtinctione modi legitimationis, a ſucceſſione feudi arcentur, id quod jure civili & pontificio conſtitutum eſt, jure feudali repugnante non eſt inferendum.

Non etiam valet expoſitio Cujacii & Borcholti ad illum textum *d. §. naturales.* qui eum textum interpretantur, quod tum naturales legitimati in feudis non ſuccedant, quando poſt delatam ſucceſſionem fiunt legitimi. Nam caſus de eo, qui legitimatur per ſubſequens matrimonium, ne fingi quidem, nedum eſſe poteſt, ſucceſſione jam delata, utpote quæ non deferatur, niſi mortuo vaſallo, cum jam amplius matrimonium contrahere nequeat, ac per conſequens, nec per matrimonium legitimare liberos. Licet igitur hæc ſententia, quod legitimati per ſequens matrimonium in feudis ſuccedunt, in praxi & uſu forenſi conſulendo & judicando quotidie obſervetur, teſte *Securſ. conſil.* 1. *cent.* 1. *num.* 17. & ſecundum eam in Camera Imperii judicatum teſtetur *Minſ. cent.* 5. *obſ.* 42. tamen ſecundum veritatem & deciſionem textuum feudalium certior & verior eſt ſententia, quod legitimati per ſubſequens matrimonium a ſucceſſione feudorum arceantur. Id manifeſte probat textus *in d. §. naturales.* ubi cum in genere negetur legitimatos in feudis ſuccedere, conſequens eſt omnes ſpecies ſub eo genere comprehenſas, hoc eſt, tam legitimatos per reſcriptum Principis, quam legitimatos per ſubſequens matrimonium a feudorum ſucceſſione arceri. Idque confirmatur etiam ex certiſſimo logicorum axiomate, quod *negato genere negentur omnes ſpecies ſub genere*

com-

comprehenſa. textus ad hoc ſunt in *l. ult. C. de uſur. rei jud. l.* 1. §. *ſuos.* 2. *ff. de ſuis. & leg. hered.* ubi not. Ita eleganter tradunt *Sonsbec. de feud. part.* 9. *num.* 72. *Vultej. c.* 9. *de feudis. num.* 94. *Hotom. conſ.* 10. *volum.* 1.

Legitimati autem per reſcriptum Principis, omnino in feudis non ſuccedunt. Ratio eſt, quia Principum beneficia ita reſtringenda ſunt, ne noceatur aliis. Princeps non debet mihi auferre rem meam, & jus mihi quæſitum, niſi ſpecialis aliqua cauſa & commodum reipub. intercurrat. optimus eſt textus in *l. nec avus.* 4. *C. de emancip. lib. l.* 2. §. *ſi quis a Principe.* 16. *ff. ne quid in loc. publ.* Si autem legitimati per reſcriptum Principis in feudis ſuccederent, magna fieret injuria agnatis, quibus ex providentia & pacto primi vaſalli ſemel jus ſuccedendi in feudo quæſitum eſſet. Sed dubitatur, ſi legitimati ſint naturales, antequam de feudo ulla incidat quæſtio, an tunc cum legitimis ad feuda recte admittantur. Et verius eſt, quod naturalis non ſuccedat in feudo, licet tempore inveſtituræ inveniatur legitimatus. *Curt.* 3. *part. princ. feud. memb.* 2. *num.* 39.

ASSERTIO XCIII.

Vaſallus tenetur dominum feudi in bello juvare etiam contra patrem ſuum.

TAm arcta eſt obligatio, qua vaſallus domino auxilium præſtare tenetur, ut nec pater quidem, nec filius, nec frater exceptus reperiatur. Imo vero diſerte feudalibus conſuetudinibus cavetur, vaſallum contra hos teneri in militia juvare dominum. *c.* 1. §. *fin. hic finitur lex &c.* Quod etſi durum ſit, & rationi naturali contrarium, ſervandum tamen eſſe, cum lex conſuetudinis ita ſcripta ſit, dicit *Zaſius in epit. ſua feudor. part.* 7. *num.* 28. arg. *l. proſpexit.* 12. *ff. qui & a quib. manum. liberi non ſiunt. &c.*

Sed hæc aſſertio omnino videtur repugnare præcepto divino, quod dictat honorandum eſſe patrem & matrem, quod jus moribus & legibus humanis utique præſtare debet. Imo niſi ad normam legis divinæ leges & conſuetudines humanæ exigantur, corruptelæ potius ſunt quam conſuetudines. Et hoc probatur in *c.* 1. §. *ſed eſt alia. quæ fuit prim. cauſ. benef. amitt. Aliud eſt* (inquit) *forte ſi ideo non ſervierit, quia non potuerit: tunc enim feudum non amitit.* Quomodo autem auxiliari dicitur poſſe domino, a quo bona habet, adverſus parentes, quibus vitam debet. Quomodo poteſt ſervare mores hominum, & contemnere preceptum Dei? Reſp. Hæc doctrina feudalis, qua generaliter & indiſtincte traditur, vaſallum auxilium præſtare debere domino contra patrem,

patrem, reducenda eſt ad honeſtatem & principia juris naturalis, ne convellantur jura ſanguinis, quæ ſunt & dicuntur immutabilia. *§. penult. inſt. de jur. nat. gent. & civil. l. jura ſanguinis. 8. ff. de R. J.* Itaque ſic diſtinguendum eſt. Aut vaſallus interpellatur a domino, ut auxilium ſibi præſtet in ea cauſa, in qua ipſe dominus injuſte offenditur, & tunc tenetur vaſallus auxilium & opem præſtare domino contra proprium patrem. Ratio eſt, quia pater injuſte dominum vaſalli offendens, agit contra jus naturale, quo hominem ab homine beneficio affici potius quam lædi æquum eſt. Itaque indignus eſſe cenſetur, qui ipſe agens contra jus naturale, beneficium juris naturalis expectet. Aut vero dominus injuſte bellum infert patri vaſalli, & tunc tantum abeſt, ut teneatur feudi nomine contra patrem ſervire domino, ut prorſus ab hujuſmodi bello & munere ſit excuſatus, quod contra quemlibet injuſte & inique decernitur, ex communi DD. ſententia per *c. 1. verſ. & ſi ſcivero. de nov. form. fidel.* Ita eleganter & docte tradit *Vultejus cap. 10. de jure ſive uſu feud. num.* 33.

Non obſtat textus in *c. vaſalli. de pace Conſtant.* ubi qui in bello juſto patriæ illato patriam potius defendunt, quam patronum ſeu dominum feudi, hi feudo non privantur. Nam id clementer receptum eſt liberalitate Imperatorum. *§. pacem. d. tit.* Itaque non extenditur ad conſequentias. *l. quod vero. 14. ff. de legib.*

ASSERTIO XCIV.

Vaſallus habet interdictum unde vi *contra dominum, ſpoliantem ſe poſſeſſione feudi.*

Vaſallo qui ſpoliatus eſt poſſeſſione feudi, interdictum *unde vi* accommodatur, quia vere poſſidet. *cap. unic. §. fin. de nov. form. fidel.* Sed controvertitur, an hoc remedium detur ei contra dominum ſpoliatorem. Et ſunt qui putant eum hoc remedio contra dominum uti non poſſe, ſed quod contra eum actionem in factum proponere debeat. arg. *l. 1. §. interdictum hoc. 43. ff. de vi & vi arm.* Ita ſtatuit *Molin. in conſuetudin. Pariſ. tit. 1. §. 1. gloſſ. 3. num. 35. Menoch. remed. 1. recuper. poſſ. num.* 90. Verior tamen & receptior eſt ſententia, etiam interdictum *unde vi* vaſallis contra dominos denegandum non eſſe. Sic tradunt *Jacobus de S. Georg. de feudis* ſuper verbis, *& dicti vaſalli pro dictis rebus. num. 6. Andr. de Iſer. in cap. Imperialem. §. illud. de prohib. feud. alien. per Frideric.* Eaque ſententia in ſupremo tribunali Germaniæ judicando obſervatur. Ita atteſtatur academia Francofurtenſis, *tertio tomo varior. conſilior. conſil.* 21.

Sed videtur repugnare *l. 1. §. ex interdicto. 42.* & *43. ff. de vi & vi arm.* ubi traditur, quod interdicto *unde vi* conventus facinoris reus

reus arguatur: Unde dominus hoc interdicto a vaſallo conventus poteſt excipere debitum ſibi honorem non exhiberi, quaſi facinoris gravioris arguatur, quod ſcilicet malo more vaſallo vim intulerit. Reſp. Cum dominus vaſallum non habet ut vaſallum, vaſallus non compellitur dominum habere ut dominum. arg. *cap. eſto ſubjectus. 95. diſt.* ubi dicitur: *Epiſcopi habeant clericos quaſi clericos, ut ipſis epiſcopis a clericis viciſſim debitus honos deferatur.* & ibi adjicitur: *Scitum eſt illud oratoris Domitii, Cur ego te habeam ut Principem, cum tu me non habeas ut Senatorem.*

Secundo opponitur, quod liberto in patronum interdictum *unde vi* non competit. *l. 1. §. interdictum hoc. 43. ff. de vi & vi arm.* Reſp. A liberto ad vaſallum perpetuo non recte argumentamur. Vaſallus itaque interdicta poſſeſſoria etiam adverſus dominum habet. Et hoc tunc maxime procedit, quando vi armata adverſus vaſallum utitur: hoc enim caſu vaſallo adverſus patronum etiam interdictum *unde vi* competit. *d. l. 1. §. interdictum hoc. 43.* verſ. *aliter atque. ff. de vi & vi arm.* Ita recte & bene decidit *Borcholt. in tract. de feud. c. 9. de act. feudi. num.* 18. & 19.

ASSERTIO XCV.

Frater fratri in feudo novo non ſuccedit.

IN feudo novo frater fratri non ſuccedit, niſi ex pacto, hoc eſt, niſi hoc nominatim in inveſtitura ſit expreſſum. *§. ſin autem unus. de his qui feud. dare poſſunt.* Id ex eo venit, quod feuda acquiruntur nobis & noſtris poſteris tantum: his deficientibus redeunt ad dominum. Et ſi duo fratres ſimul ab initio de uno eodemque feudo inveſtiti ſunt, vel ſimul habitantes communiterque viventes, unus eorum feudum acquiſierit, tamen alter alteri non ſuccedit. *c. unic. §. ſi duo fratres de frater. de nov. benef. inveſt. c. 1. §. filia. de ſucceſſ. feudi.*

Quod tamen fallit, ſi feudum de novo conceſſum indiviſible ſit: ut ſi juriſdictio, jus patronatus, jus venandi, piſcandi, vel aliud jus incorporale in feudum conceſſum ſit. *Jacob. de Belviſ. Bald.* & *Alvorat. in d. §. ſi duo fratres.* Si quoque novum feudum duobus fratribus vel pluribus, & ſingulis in ſolidum conceſſum fuerit, domino excluſo, non decreſcendi jure alter alteri ſuccedet, id eſt, eo jure, ne ſuperſtiti fratri aliquid decreſcat. *Bald. in 9. c. unic. de ſucceſſ. feudi.* per *l. creditor. 60. §. duobus. 2. ff. mandati.* Tertio fallit in duobus fratribus inveſtitis hoc pacto, ut ipſi & poſt eorum mortem filii etiam habeant feudum: tunc enim & frater fratri ſuccedit. *c. unic. de duob. frat. a capitan. inveſt. Jacob. de Belviſ. lib. 1. feud. tit. 1.*

Sed in hac quæſtione occurrit difficilis antinomia. Nam in *c. unic.*

unic. de benef. fratr. & qual. fratr. in benef. fratr. ſucced. ſtatuitur, quod ſi fratres de communibus bonis feudum emerint, quod tunc frater fratri ſuccedat. E contra in *c. unic.* §. *quod ſi de fratr. de nov. benef. inveſt.* deciditur, quod ſi a fratribus communi pecunia feudum ſit acquiſitum, ne tunc quidem fratrem fratri ſuccedere. Hotomanus putat, diverſis feudorum auctoribus diverſum placuiſſe, & ita relinquit hoc in caſu jus feudale dubium incertum, ſicut in plurimis fere locis jura feudorum potius evertit quam concordat vel illuſtrat. Verum cum bono interpreti potius conveniat jura in ſpecie pugnantia conciliare, quam novas contrarietates effingere, ita commode hoc diſſidium componi poteſt. Aut frater de communibus bonis emit feudum ſciente domino, & hoc caſu frater fratri ſuccedit. Ita diſponit *c. 1. de benef. fratr. &c.* Aut vero ignorante domino emtum eſt feudum ex communibus bonis a fratribus, & tunc frater non ſuccedit fratri, reſtituitur tamen fratri ſuperſtiti pars pecuniæ eum contingentis. Atque ita accipi debet *c. unic.* §. *quod ſi. de fratr. de nov. benef. inveſt.* Eamque conciliationem ſuppeditat ratio adjecta in *d.* §. *quod ſi.* ne invito domino alius acquiratur vaſallus, quam quem voluerit, ut ita ſcientia & taciturnitas domini illa conditione feudi videatur importare voluntatem domini. Ita eleganter & exacte tradit *Vultej. de feud. c. 9. de modis acquirendi feudi. num.* 105. & 106. Hæc obtinent in fratrum ſucceſſione in feudo novo. In veteri feudo recte ſuccedunt fratres: nam deſcendunt ſimul ex perſona primi *actoris*, feuda autem acquiruntur poſteris. *c. unic.* §. *his vero deficientibus. de ſucceſſ. fratr. &c.*

ASSERTIO XCVI.

Vaſallus feudum refutare poteſt ſine conſenſu domini.

QUæſtio elegans eſt, an feudum refutari poſſit ſine conſenſu domini, ſi vaſallus domino vel agnatis proximis velit feudum cedere? Et prima facie videtur non poſſe, quia inter dominum & vaſallum naſcitur ultro citroque obligatio, unde contractus appellatur. *l. Labeo.* 19. verſ. *contractum autem. ff. de V. S.* qui ſine utriuſque contrahentis conſenſu ſolvi non poteſt. Sed his non obſtantibus verius eſt eum feudum refutare poſſe. Ratio eſt, quia vaſallus obligatus eſt domino propter rem magis quam perſonam. arg. *l. cum fructuarius.* 64. *ff. de uſufr.* ubi dicitur, ſi uſufructuarius paratus eſt derelinquere uſumfructum, onera propter eum impoſita ſuſtinere non cogitur. Ergo ſimiliter ceſſat obligatio vaſalli in feudo, deſinendo rem poſſidere, non minus ac in fructuario: quia vaſallus valde ſimilis eſt uſufructuario. *c. 1. in fin.*

fin. in quib. cauſ. beneſ. amitt. Quin imo textus apertus eſt in *c.* 1. *de vaſal. qui contr. conſtit. Lothar. Reg. beneſ. alien.* quod vaſallus invito domino feudum renuntiare poſſit. Sic enim verba textus habent: *Vaſallus etiam ſine voluntate domini recte feudum refutare poteſt.* Feudum enim principaliter conceditur in favorem vaſalli. Ergo ipſe poteſt favori pro ſe introducto renuntiare. *l. penult. C. de pact.* Non tamen debet vaſallus poſt refutationem feudi offendere dominum, hoc eſt, non poterit adverſus eum militare, licet non cogatur ei ſervitium præſtare, quia veteris beneficii memoria non debet aboleri. *d. c.* 1. *de vaſal. qui contr. conſtit. Lothar. Reg. beneſ. alien.* Hinc ſequitur, ſi quis refutaret feudum antiquum, proximis agnatis cedendo, ceſſionem valere. *lib.* 2. *feud. tit.* 39. *de alien. feud. patern.* Vide amplius de hac quæſtione differentem *Fachinaum lib.* 7. *controv. jur. c.* 60.

ASSERTIO XCVII.

Feudo alicui, inconſulto domino, extra familiam legato, ne quidem æſtimatio debetur.

QUæritur, an, ſi feudum alicui extraneo vaſallo legetur extra familiam, qui alias ſucceſſurus non erat in feudo, an ſaltem debeatur æſtimatio? Et verior videtur probabiliorque ſententia, ne quidem æſtimationem deberi. Sic decidit *Fachin. lib.* 5. *controv. jur. c.* 37. Idque per ſubſequentes textus & rationes confirmatur. Primo quod nulla ordinatio in feudo defuncti rata permaneat vel valeat. *c.* 1. *in fin. de feud. ſucceſſ.* Secundo quod refragatur textus expreſſus in §. *donare. qualiter ol. feud. alien. pot.* ubi traditur, quod nec feudum pro anima legari poſſit, & conſequenter nec debetur æſtimatio. arg. §. *non ſolum.* 4. *inſt. de legat. l. apud Julianum.* 39. §. *conſtat.* 7. *ff. de leg.* 1. Adducitur & illud, quod jus teſtatoris in feudo morte ejus extinguitur. Atqui tali caſu, cum juris mere perſonalis & cum defuncto perituri ſit ulterior conceſſio, ea inutilis eſt, ut reſponſum eſt a Papiniano in *l. quod in rerum.* 24. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. uxor patrui.* 20. *C. de legat.* Et per conſequens nec æſtimatio deberi poteſt, ne videamur implicare contradictionem, dicendo, legatum inutile eſſe, & ſimul utile ratione æſtimationis.

Sed adverſatur *l. non dubium.* 14. §. 2. *ff. de legat.* 3. ubi traditur, quod ſi quis rem alienam legaverit, & dominus eam vendere nolit, vel immodico pretio vendere velit, quod tunc juſta æſtimatio debeatur. Idem traditur in §. *non ſolum.* 4. *inſt. de legat.* Sed hoc argumentum non pugnat. Nam res aliena non eſt omnino extra commercium, ſed ejus legandi & diſponendi poteſtas eſt etiam non domino, quoad id ſaltem, ut heres vel eam a do-

mino redimere cogatur, & præſtare legatario, vel ejus juſtam æſtimationem. At vero cum feudum extra familiam ſuam vaſallus alienare non poſſit, neque extraneo ejus poſſidendi jus ſit, adeo legatum ejus inutile eſt, ut ne quidem æſtimatio debeatur, per regulam traditam in *l. cum ſervus.* 39. §. *ult. ff. de legat.* 1. Quod quando aliquid legatur, quod non eſt in commercio legatarii, tunc nec debetur æſtimatio. Ita decidunt *Curtius in tract. feud. part.* 4. *num.* 126. *Præſes Everar. in loco a feudo ad emphyt. num.* 16.

Secundo objicitur *l.* 114. §. *ſi quid alicui.* 5. *ff. de leg.* 1. ubi Martianus inquit: *Si quid alicui licite fuerit relictum, quod ipſe quidem propter corporis ſui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem cauſam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti ſolet comparari, tantam æſtimationem deberi.* Ergo cum vaſallus extraneo legat feudum, qui ejus relicti non eſt capax, tamen debetur ei æſtimatio feudi. Reſp. In illa lege non fuit res legata, quæ non erat in commercio legatarii. ſed talis res relicta erat, quam licite & juſte habere potuit legatarius, verum ex probabili aliqua cauſa, veluti corporis vitio, aut propter aliquam legati qualitatem, citra culpam ſuam fuit legati incapax: eo caſu debetur legati æſtimatio. Aliud eſt in feudo citra conſenſum domini a vaſallo extra familiam relicto, quia hoc caſu vel agnatis, ad quos eſſet feudum ex inveſtitura perventurum, vel ipſi domino, ad quem eſſet feudum reverſurum, præjudicaretur. *Adde his,* quod nulla defuncti ordinatio in feudo valet. Quod ſi omnino non valet, nec quidem debetur æſtimatio ei, cui feudum teſtamento eſt relictum. *c.* 1. *de ſucceſſ. feud. c.* 1. §. *donare. qual. olim feud. alienar. pot.* Ita decidit Fachin. d. loco.

ASSERTIO XCVIII.

Pater uni ex filiis feudum prælegare non poteſt.

Confirmatur hæc deciſio primo per *c.* 1. *de ſucceſſ. feud.* ubi ſtatuitur, quod nulla ordinatio defuncti in feudo valeat. Ergo nec illa valet, qua uni ex filiis pater feudum prælegavit. Secundo hoc argumento comprobatur. Nemo poteſt legare jus, quod morte ſua periturum eſt. *l. uxor patrui.* 20. *C. de legat. l. quod in rerum.* 24. §. *ſi uſumfructum.* 1. *ff. de legat.* 1. Atqui jus quod pater in feudo habet, morte ſua extinguitur, & aliis defertur, qui ex prima conceſſione vocati ſunt. Ergo non poteſt pater de feudo ita diſponere, ut uni filio illud relinquat. in præjudicium reliquorum. Tertio omnes filii æqualiter in feudo ſuccedunt. *d. c.* 1. *de ſucceſſ. feud.* Ergo non licet patri aliter diſponendo, teſtamento efficere, ut unus tantum ex filiis ſuccedat, ſed nihilominus filii rejecta diſpoſitione patris in feudo æqualiter ſuccedent. arg. *nov.* 2. & 12.

Pro

Pro contraria ſententia, quod ſcilicet pater poſſit prælegare feudum uni ex filiis, adferuntur hæc argumenta. Primo jus patronatus deſcendit in omnes liberos patroni æqualiter. *l. ut jurisjurandi.* 7. *§. ſi liberi.* 6. *ff. de oper. libert.* & tamen poteſt uni ex filiis adſignari, aliis excluſis. *l.* 1. *ff. de aſſign. libert.* Deinde ſi quis rogatus ſit aliquid familiæ relinquere, poteſt unum eligere ex familia, cui relinquat. *l. unum ex familia.* 67. *ff. de leg.* 2. Sed reſpondetur, quod argumentum de jure patronatus ideo non obſtet, quod pater de jure patronatus teſtari prohibitus non eſt, ſicut de feudo prohibetur teſtari vaſallus: imo teſtamento libertum adſignare poteſt. *l. ult. ff. de aſſign. libert.* Similiter nec ille qui rogatus eſt aliquid familiæ relinquere, prohibetur de eo teſtari, dummodo unum ex familia eligat, cui relinquat. *l. pater.* 38. *§. quindecim.* 5. *ff. de leg.* 3. *l. voluntas.* 4. *C. de fideicommiſſ.*

Secundo videtur obſtare *c.* 1. *§. omnes filii. ſi de feud. defunct. content. ſit inter dom. & agnat. vaſal.* ubi traditur, quod ſi feudum ex diviſione ad unum ex filiis pervenit, ille ſolus tenetur fidelitatem domino præſtare. Unde videtur colligi, quod valeat diſpoſitio patris, qui uni ex filiis feudum teſtamento aſſignavit. Reſp. Licet patri hoc modo hereditatem ſuam inter filios dividere, ut feudum uni aſſignet, aliis vero filiis alia bona allodialia; ſed non quaſi teſtatoris illa diſpoſitio valeat, ſed tanquam pactio voluntaria fratrum, quibus feudum inter ſe dividere vel refutare licet.

Tertio objicitur hoc argumentum. Si pater uni ex filiis feudum prælegaverit, ideo conſiſtet legatum, quia non poteſt alter filius voluntatem patris impugnare, cum ſit hæres. *l. ex qua perſona.* 149. *ff. de R. J. l. cum a matre.* 14. *C. de R. V.* Reſp. Non eſt filius, qui hoc in caſu voluntatem patris impugnat, ſed eſt lex, quæ prohibet patrem de feudo teſtari, & conſequenter ipſum feudum prælegare. Hæc eſt communis DD. ſententia, quod patri non liceat uni ex filiis feudum prælegare. Ita ſtatuunt *Zaſ. in* 8. *part. feud. in* 3. *part.* verſ. *& hanc partem. Tiraq. in retractu conſanguin.* §. 11. *gloſſ.* 6. *num.* 23. *Clarus in §. feudum. quæſt.* 49. *Curt. de feud. part.* 4. *num.* 132. *Fachin. lib.* 6. *controv. jur. c.* 62. Limitatur hæc deciſio, niſi feudum acceptum eſſet pro ſe & filiis & heredibus, & per conſequens feudum eſſet hereditarium: tunc enim uni ex filiis pater poſſet feudum prælegare, quia non poteſt in feudo ſuccedere, niſi ſit heres, ideoque factum teſtatoris impugnare non poteſt. *l. cum a matre,* 14. *C. de rei vind.* Ita decidit Curtius. d. loco.

ASSERTIO XCIX.

Feuda inter plures coheredes dividi poſſunt, etiamſi unus ex conſortibus tantum voluerit.

Quæritur & controvertitur inter DD. an feudi diviſio fieri poſſit inter plures heredes vaſalli, etiam ſine conſenſu domini? Et in hac quæſtione hæc diſtinctio tenenda eſt & obſervanda. Aut ſunt feuda regalia habentia annexam dignitatem, ut ſunt ducatus, marchionatus, electoratus, & comitatus: & hæc non recipiunt diviſionem. Itaque ditiones regales ducatuum, marchionatuum, vel comitatuum, veluti immediata imperii membra, dominio utili, dignitate vel titulo non poſſunt dividi, quanquam adminiſtratio, & emolumenta propter publicam tranquillitatem aliquando dividantur. textus eſt in §. *præterea ducatus. de prohibit. feud. alien. per Frideric.* Ratio duplex eſt. Prima ne dignitas diviſa ad nihilum redigatur. Altera eſt, quia utilius eſt reipub. per unum regi, quam per plures. *l. 2. §. noviſſime. 11. ff. de orig. jur.* Unius namque politia eſt optima, & plurimorum politia difficile eſt ut bona ſit, cum plures ad virtutis meritum pervenire ſit difficile. Quod inter alia inſigni illo Homeri teſtimonio comprobatur: οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη, εἷς κοίρανος ἔστω. *multos imperitare malum eſt, rex unicus eſto,* quia Principum multitudo reipub. eſt oneroſa, & ut in veteri proverbio dicitur, *Multitudo Imperatorum perdidit Curiam.* At feuda minora non habentia annexam dignitatem, ſi voluerint conſortes, dividi poſſunt, etiam ſine conſenſu domini, quamvis unus tantum ex coheredibus ad diviſionem provocet. *d. §. præterea ducatus. §. omnes filii. ſi de feud. def. content. ſit inter dom. & agn. defunct.* Ratio hujus deciſionis eſt, ne coheredes & coſortes inviti cogantur in communione manere, quia communio multas ſolet excitare diſcordias. *l. cum pater. 77. §. dulciſſimis. 20. ff. de leg. 2.* Ita decidit & concludit *Gail lib. 2. obſervat. c. 153.*

Duo huic concluſioni videntur adverſari. Primo quod in feudis omnis alienatio inconſulto domino facta eſt prohibita. *c. Imperialem. de prohib. feud. alien. per Frider.* Sed diviſio eſt ſpecies alienationis. *l. 1. C. comm. utr. jud. tam fam. ercisc. quam. &c.* Ergo & illa jure feudorum prohibita cenſetur. Reſp. Voluntaria alienatio feudorum tantum eſt interdicta, non vero neceſſaria, quam invitus quis facere cogitur, uti eſt diviſio, ad quam heres a coherede provocatus neceſſario cogitur. *l. Julianus. 13. §. idem Celſus. 17. ff. de act. empt.* Deinde diviſio potius eſt quædam refutatio & renunciatio feudi, quam alienatio.

Secundo contra id quod ſtatuitur, feudi diviſionem fieri poſſe, etiamſi unus tantum ex coheredibus provocet ad diviſionem.

valde

valde adverſatur textus in *d.* §. *præterea ducatus.* ubi textus ita habet: *Aliud vero feudum, ſi conſortes voluerint, dividatur.* Ibi videtur affirmari, ita demum poſſe fieri diviſionem feudi, ſi omnes conſortes voluerint atque conſenſerint, ut diviſio fiat. Verior tamen & crebrior eſt DD. ſententia, ad diviſionem feudi ſufficere unius ex coheredibus conſenſum & provocationem, & quod reliqui coheredes provocati cogantur unius coheredis voluntatem in facienda diviſione ſequi. Ratio eſt, quia nemo invitus cogitur in communione manere. *l. ult. C. comm. divid.* nec contrarium jure feudiſtico eſt receptum. Ergo jus commune eſt ſervandum.

Nec obſtant illa verba, *ſi conſortes voluerint*, quia civiliter exaudienda ſunt, ſi omnes conſortes voluerint, vel aliquis eorum ad diviſionem provocaverit. Neque enim quis invitus in communione detinendus eſt. Hanc ſententiam, quod feuda etiam ſine domini conſenſu inter coheredes dividi poſſint, etiamſi unus tantum ad diviſionem provocet, amplectuntur & approbant *Alexand. conſ.* 7. *lib.* 5. *Jaſon in l. ſtipulationes non dividuntur. ff. de verb. oblig. num.* 31. *Molin. ad conſ. Pariſ. tit.* 1. §. 20. *num.* 4. & §. 35. *num.* 2. *Fachin. lib.* 7. *controv. jur. c. ult. Gail d. obſervat.* 153. ubi notat. hanc opinionem ſe vidiſſe de facto fuiſſe confirmatam. Late & pulchre tractant hanc quæſtionem *Duaren. c.* 12. *feud. num.* 2. *Vult. lib.* 1. *feud. c.* 8. *Oldend. in topic. in loco a cauſa generaliter.*

ASSERTIO C.

Feudi ſubſtantialia pacto tolli vel mutari non poſſunt.

SUbſtantialia feudi ſunt, ſine quibus feudum conſiſtere non poteſt, quæ feudum neceſſario comitantur, eique perpetuo adhærent. Hæc per pactum alterari vel tolli non poſſunt. Quamvis enim feuda ex pactis potiſſimum varientur, mutentur, informentur, ita ut in feudis ante omnia inſpici debeat tenor inveſtituræ, qui omni juri & naturæ feudorum derogat, teſte *Baldo in c. unic. de frat. de nov. inveſt.* arg. *cap. unic.* §. *ult. tit. per quos fiat. inveſt. &c.* tamen ea quæ pertinent ad ſubſtantiam feudi, pactis tolli, mutari, & infringi non poſſunt. Porro ſubſtantialia feudi hæc ſunt. Primo quod feudum tantum conſiſtat in rebus immobilibus, vel iis bonis, quæ vicem immobilium referunt. *c.* 1. *in fin. de feud. cognit.* Secundo ad ſubſtantiam feudi pertinet, ut ſit gratuitum ex beneficio. Hoc diſerte comprobat textus in *tit. in quib. cauſ. feud. amitt.* §. *ult.* ubi feudum definitur *beneficium*, *quod ex benevolentia dominus concedit vaſallo.* Hoc pactis abrogari & immutari non poteſt. Unde non valet pactum, quo debitor paciſcitur cum creditore, ut ſi debitor ſtatuto tempore pecuniam non ſolvat, pignus cedat creditori,

 &

& illud pro feudo habeat, ſed tranſit hoc negotium in aliud genus contractus. *c. unic. de feud. dato in vic. leg. commiſſ. reproband.* ubi ſubjungitur hæc ratio, quod *feudum non ſub prætextu pecuniæ, ſed amore & honore domini acquirendum eſt*. Tertium ſubſtantiale feudi eſt, ut vaſallus domino fidem, honorem & obſequium præſtet: fidelitas namque eſt de ſubſtantia feudi, a qua feudum nomen accepit. Unde & vaſalli paſſim *fideles* in libris feudorum appellantur. Ideoque & fides pacto remitti non poteſt, & *nulla inveſtitura ei fieri debet, qui fidelitatem facere recuſat. c. unic. §. fin. per quos fiat inveſt. &c.*

Sed huic concluſioni pleraque juris feudalis loca adverſantur. Nam primo ſtatuitur in *d. c. unic. §. fin. per quos fiat. inveſt. &c.* & *tit. qua fuit prim. cauſ. benef. amitt.* quod illud pacto recte effici poſſit, quod juramentum fidelitatis a vaſallo non præſtetur, quod tamen ad ſubſtantiam feudi omnino pertinere videtur. Ad hæc de natura feudi eſt, ut frater fratri in novo feudo non ſuccedat, cum ex communi jure feuda acquirantur nobis, & noſtris poſteris tantum. At tamen pacto recte cavetur, ut etiam ſucceſſio novi feudi ad fratrem perveniat. *c. unic. §. ſi duo fratres. de fratr. de nov. benef. inveſt. c. unic. §. fin. de ſucceſſ. feud.* Denique videtur & hoc eſſe de ſubſtantia feudi, ne mulieres in eo ſuccedant. *c. 1. de ſucceſſ. feud. c. 1. de alien. feud.* Attamen & hoc recte pacto mutatur, ſi vel muliebre eſt feudum, vel ſi maſculinum ſit, & pactum acceſſerit de feminarum ſucceſſione. *c. unic. de eo qui ſibi vel hered. ſuis, &c. c. unic. de feud. fem.* Ad has objectiones ita reſpondendum, quod diſtinguere oportet inter ſubſtantialia & naturalia feudi. Subſtantialia feudi dicimus, quæ feudum comitantur neceſſario; naturalia, quæ probabiliter & plerumque. Pacta non valent contra ſubſtantiam contractus feudi, at valent contra naturam feudi, quia res ſine ſubſtantia eſſe non poteſt, at a natura ſua recedere poteſt. Sic exempli gratia venditionis ſubſtantia conſiſtit in merce, pretio & conſenſu. *§. 1. inſt. de empt. & vend.* Natura venditionis eſt venditorem teneri de evictione, & emtorem de periculo rei venditæ, etiam ante factam traditionem. *l. ex emto. 11. ff. de act. empti. tot. tit. de peric. & comm. rei vend.* Sine ſubſtantialibus res eſſe non poteſt, at vero ſine naturalibus res recte conſiſtere poteſt. Non valet igitur pactum ne pretium detur in venditione. *l. cum in venditione. 36. ff. de contr. emt* At valet ut venditor teneatur de periculo rei venditæ. *l. 1. ff. de peric. & comm. rei vind.* Item ne teneatur venditor de evictione. *d. l. ex empto.* Sic etiam in feudis juramentum fidelitatis pacto remitti poteſt, ipſa fides vero remitti nequit. *d. §. ult. tit. per quos fiat. inveſt.* Nam fidem præſtare ſubſtantiam feudi reſpicit, juramentum fidelitatis naturam tantum concernit, nec propterea cenſetur remiſſa fides, ſi remittatur juramentum fidelitatis. Similiter eſt de natura feudi, ut feminæ non ſuccedant in feudis,

dis, quia non poſſunt dominum in bello adjuvare, & ſervitia militaria præſtare, propter quæ feuda plerunque dantur. *tit. quæ fuit prim. cauſ. benef. amitt.* Attamen pacto nihilominus recte cavetur, ut feminæ in feudo ſuccedant. Quo caſu fides mulieris electa cenſetur, non ut ipſa ſerviat, quod non poteſt, ſed in alio diligenter ex bonaque fide ſubſtituendo per quem ſerviat. Denique & hoc pertinet ad naturam feudi novi, ne ſucceſſio ejus devolvatur ad fratrem, ſed potius ut ad poſteros ſeu liberos vaſalli pertineat: non vero ſubſtantiam feudi reſpicit. Unde & hæc proprietas feudi pactis contrahentium mutari & variari poteſt. *c. unic. de fratr. de nov. benef. inveſt.* fiuntque per hæc pacta feuda impropria, ſicut & jure communi ea quæ pertinent ad naturam contractuum, pactis recte variantur & mutantur. *l. pacta. 72. ff. de contr. empt. l. contractus. 23. ff. de R. J. §. ſi convenit. 6. ff. depoſiti.*

Digitized by Google

Digitized by Google

TRACTATUS BREVIS, PERSPICUUS & SUCCINCTUS, DE

PRIVILEGIIS STUDIOSORUM, DOCTORUM, ET PROFESSORUM,

Auctore

EVERARDO BRONCHORST
Daventrienſi, JC.

Digitized by Google

NOVA CONSTITUTIO
IMP. FRIDERICI.

Imp. Fridericus regni ſui fidelibus.

H*Abita quidem ſuper hoc diligenti inquiſitione, epiſcoporum, ducum, abbatum, omnium judicum, & aliorum procerum noſtri ſacri palatii examinatione, omnibus qui cauſa ſtudiorum peregrinantur ſcholaribus, & maxime divinarum atque ſacrarum legum profeſſoribus, hoc noſtræ pietatis beneficium indulgemus, ut ad loca, in quibus exercentur literarum ſtudia, tam ipſi, quam eorum nuntii veniant, & in eis ſecure habitent. Dignum namque exiſtimamus, ut, cum omnes bona facientes noſtram laudem & protectionem omnimodo mereantur, quorum ſcientia totus illuminatur orbis, & ad obediendum Deo & nobis ejus miniſtris vita ſubjectorum informatur, quadam ſpeciali dilectione eos ab omni injuria defendamus. Quis enim eorum non miſereatur, qui amore ſcientiæ exules facti, de divitibus pauperes ſemetipſos exinaniunt, vitam ſuam multis periculis exponunt, & a viliſſimis ſæpe hominibus (quod graviter ferendum eſt) corporales ſæpe injurias patiuntur? Hac igitur generali, & in perpetuum valitura lege decernimus, ut nullus de cætero tam audax inveniatur, qui aliquam ſcholaribus injuriam inferre præſumat, aut ob alterius cujuſcunque provinciæ delictum ſive debitum (quod aliquando ex perverſa conſuetudine factum audivimus) aliquod damnum eis inferat. Scituris hujuſmodi ſacræ conſtitutionis temeratoribus, & ipſis etiam locorum rectoribus, qui hoc vindicare neglexerint, reſtitutionem rerum ablatarum ab omnibus exigendam in quadruplum, notaque infamiæ eis ipſo jure irroganda, dignitate ſua ſo carituros in perpetuum. Verum tamen ſi aliquis eis litem aliquam ſuper aliquo negotio movere voluerit, hujus rei optione data ſcholaribus, eos coram domino, vel magiſtro ſuo, vel ipſius civitatis epiſcopo, quibus hanc juriſdictionem dedimus, conveniat. Qui vero ad alium judicem eos trahere tentaverit, etiamſi cauſa juſtiſſima fuerit, a tali conamine cadat. Hanc autem legem inter Imperiales conſtitutiones, ſcilicet ſub titulo, Ne filius pro patre. &c. inſeri juſſimus. Datum apud Roncalias anno Dom. M. C. LVIII. menſe Novembri.*

TRA-

TRACTATUS BREVIS
DE
PRIVILEGIIS
STUDIOSORUM
ET
DOCTORUM,
Præmiſſa brevi & dilucida explicatione,
AD
Auth. habita C. ne filius pro patre.

NOBILIS eſt hæc auth. & ut refert Salyc. hic, digna quæ aureis literis ſcribatur, in qua Imperator Fridericus cognomento Ænobarbus, ſeu Barbaroſſa, tria inſignia privilegia, doctoribus, profeſſoribus, magiſtris, omniumque liberalium artium & ſcientiarum ſtudioſis concedit. Adjicitur præterea præclara bonarum literarum commendatio, quod nimirum doctorum hominum ſcientia totus illuminatur orbis, quodque per literas & ſtudia, ſubditorum mores ad honeſtatem & virtutes informantur, ut Deo ac Magiſtratibus prompte obediant, ita ut totius civitatis vera felicitas in doctrina literarum conſiſtat.

Primum privilegium eſt, quod ſtudioſi non tenentur, pro ſuis perſonis, vel libris, veſtibus, aliiſque rebus, quas ſtudiorum gratia ad academiam advehunt, vel inde avehunt, ulla pedagia, ſeu vectigalia exſolvere.

Quod ex eo probatur, quod textus hujus auth. dicat, ſtudioſos poſſe ad loca in quibus exercentur ſtudia, ſecure *venire*, & ibidem ſecure habitare. Hanc ſententiam *veniendi* interpretantur DD. exemtionem ſolvendorum vectigalium. Et recte: nam alioqui illud jus nullos ſpeciales effectus haberet, cum aliis quoque omnibus concedatur ſecuritas veniendi & proficiſcendi ad publicas ſcholas ſeu academias, nedum literarum ſtudioſis. *l. congruit.* 13. *ff. de offic. præſ.* Itaque cum privilegia omnia ita interpretanda ſint, ut aliquid operentur præter jus commune, ne fruſtra lata eſſe cenſeantur, arg.

arg. *l. ſi quando.* 109. *in principio. ff. de leg.* 1. *l.* 1. *ff. ad municip.* recte inde colligitur a vectigalibus ſeu portoriis aliiſque oneribus ſtudioſos, & eorum libros, veſtes & reliqua ſupellectilia eſſe immunes. Ita tradit *gloſſ. ordin. h. in verb. ſpeciati.* quam approbat *Baldus h. num.* 4. *Salyc.* & communiter DD.

Idem confirmatur per *l. univerſi. C. de vectigal. & commerc.* ubi dicitur, quod pro iis rebus quæ ad uſus proprios deferuntur, non ſolvitur vectigal. Atqui ſcholares deferunt libros in academiam in uſus proprios, ſcilicet ad incrementum & profectum ſtudiorum. Ergo pro iis non debet ſolvi pedagium, vectigal, vel gabella. Pulchre *Rebuff. de privil. ſtudioſ. privileg.* 146.

Porro ſciendum, quod ſi publicani cogant ſtudioſos ſolvere vectigal, perdunt privilegia, ſi quæ habent. text. ſingul. in *c. dilecti.* 4. *extr. de privil.*

Præterea pœna capitali, id eſt, deportationis ſeu exilii puniuntur. *d. l. univerſ. l. penult. C. de navicul. lib.* XI. *tit.* 1. *Rebuff. privileg.* 148. *in tract. de privileg. ſtudioſ.*

II. Privilegium eſt, quod nullus debeat ſtudioſis inferre injuriam, nec ob alterius delictum aut debitum, damno eos gravare, hoc eſt, non poſſunt ſtudioſi aut eorum bona capi pro repræſſaliis, nec pro alienis debitis poſſunt arreſtari.

Caſus hic accidit aliquando in perſona Ægidii Elzevirii filii Pedelli, qui pro debito Illuſtriſſimorum Ordinum hujus Patriæ fuit arreſtatus a Vicario Regis Daniæ Ranzovio. A quibus repræſſaliis liberavit eum ſenatus academicus datis ad dominum Ranzovium literis: quibus nomine rectoris academici ad eum ſcribebatur, ut eum ab arreſto & repræſſaliis liberum dimitteret, ſiquidem ſtudioſi, pedelli, aliaque academiæ membra, pro alienis debitis capi, prehendi & detineri non poſſunt.

Adjicitur in hac *auth. in verſ. ſcituris.* hæc pœna, quod hujus privilegii violatores, item judices hoc vindicare negligentes reſtituant ſtudioſis ablata in quadruplum, atque infamia notentur, careantque dignitate & officio ſuo in perpetuum.

Præterea notandum, quod hæc privilegia ſtudioſis conceſſa, etiam extendantur ad eorum famulos, pedellos, nuncios, notarios, bibliopolas, & typographos academiæ. text. *h. in princ. in verb. tam ipſi quam eorum nuntii.* facit *l. non alias.* 24. §. 1. *ff. de judic.*

Ratio eſt, quia hiſce perſonis ſtudioſi carere non poſſunt, & ſine horum miniſterio non poteſt commode academia gubernari vel adminiſtrari.

III. Privilegium eſt, quod qui litem inferre vult ſtudioſis, debet eos apud rectorem univerſitatis, vel epiſcopum loci, ſi hoc maluerint ſtudioſi, convenire. text. *h. in verſ. veruntamen concordat.* §. *ult. in præfatione digeſtorum*

Ita-

Itaque coram ordinario judice vel prætore iſtius civitatis in qua ſtudioſi academiam frequentant, non ſunt conveniendi, quia prætor vel præfectus urbi in eos non habet juriſdictionem, ex hac conſtitutione.

Qui vero ſtudioſos ad alium judicem traxerit, etiamſi cauſa juſtiſſima fuerit, ea privatur. h. e. litem amittit. text. h. *in verſ. veruntamen.* Idem ſtatuitur in clericis. *auth. ſtatuimus. C. de epiſc. & cler.* ubi eſt text. elegans. quod ſcilicet qui trahit clericum ad judicem incompetentem, cauſa cadat. Et alias pro regula generali traditur, quod trahens adverſarium ad judicem incompetentem, cauſa cadat. *l. in criminali. 5. C. de juriſd. omn. judic. & de for. compet.*

Sed an hoc privilegium etiam in cauſis criminalibus concedatur ſtudioſis, dubitatur. Et dicendum, quod ſtudioſi in criminalibus quoque cauſis, non poſſunt apud alium magiſtratum, quam rectorem accuſari & puniri. Ita *Accurſ.* ſtatuit hic in verb. *litem.* Eaque eſt communis DD. opinio teſte *Oldendorp. in libello de jure ſingulari cap. 4. de privileg. profeſſorum.*

His adjungendum VI. privilegium, quod ſcilicet profeſſores DD. & ſtudioſi ab omnibus muneribus perſonalibus, & quibuſdam patrimonialibus vacationem habent, unde non poteſt de jure ipſis imponi collecta. *l. 1.* & *l. 2. C. qui ætat. vel profeſſ. ſe excuſ.* ubi deciditur, quod ſtudioſi maxime juri operam dantes, habent immunitatem a muneribus perſonalibus uſque ad annum viceſimum quintum. *l. medicos. 6. C. de profeſſ. & medic. lib. 10. tit. 52.* & ibi *Bartol.* Hinc & hoſpitiis recipiendi neceſſitas, angariarum præſtatio (h.e. jumentorum, plauſtrorum, vel navium ad uſum publicum tranſvectio) liberalium artium & ſcientiarum profeſſoribus, DD. atque ſtudioſis ſunt remiſſa. *l. ult. §. ult. ff. de mun. & honor. l. ab his. 10. ff. de vacat. mun.*

Unde & ex ſtatutis hujus academiæ Leydenſis ſtudioſi, exteri ſcilicet, non cives, non tenentur ad excubias diurnas, vel nocturnas, vel ad cuſtodiam portarum civitatis, nec ad onus recipiendi hoſpites in ſuis domibus. Huc valde pertinet *l. 2. C. de incol. lib. 10. tit. 39.* ubi dicitur: Quod qui ſtudiorum cauſa in aliquo loco degunt, non ſunt incolæ, id eſt, ad onera civilia non vocantur, neque parentes, qui ad eos frequenter commeant, niſi ibi decennium conſumpſerint; tunc enim non ſunt amplius ſcholaſtici, ſed incolæ.

Ceſſant hæc privilegia in ſtudioſis, qui quinquennio ab academia abfuerunt, quia tanto tempore ſtudioſi abſentes perdunt privilegia arg. *l. penult. & ult. C. de commeatu. lib. 12. tit. 43. l. 2. C. de primicer. lib. 12. t. 7.* Intra quinquennium autem ſtudioſi, licet abſentes, retinent ſua privilegia, quia cenſentur habere animum revertendi. arg. *l. 5. in fin. ff. de captiv. Bald. h. num. 22.* fac. *l. ſi quis. 3. C. de domeſt. & protect. lib. 12. tit. 17.* ubi dicitur, quod qui

qui quinquennio a publicis muneribus abeſt, tanquam deſes omni dignitate ſpoliari debet. fac. *l. ult. C. de advoc. diverſ. jud.* ubi Juſtinianus Imperator conſtituit, quod ſi advocatus ultra quinquennium abfuerit, de matricula penitus aboleatur. Pari modo ſi ſtudioſus per quinquennium ab academia abfuerit, & eo tempore elapſo ad eandem fuerit reverſus, pro ſtudioſo non habetur, niſi de novo immatriculetur.

Denique non fruuntur hiſce privilegiis ſcholares vagabundi, qui non adeunt publicas lectiones, quia non funguntur officio ſcholarium. arg. *l. 1. C. de tyron. lib. 12. tit. 44.* ubi dicitur, quod *nullus tyro vagus accedit ad militiam.* Nam *vagabundus ſcholaſticus raro fit magiſter*, ut ait *Gloſſ. in d. l. 1.* & notat *Cynus in l. 4. C. de ſponſal.* quod *non ſunt ſcholares qui habent oculos ad feneſtras, os ad bechirum, libros ad Hebræos.* Debet ergo ſtudioſus continuo & aſſiduo labore invigilare ſtudiis, ſecutus illud JCti Joannis Fabri præceptum:

Si quis forte velit Juris-conſultus haberi,
Continuet ſtudium, velit a quocunque doceri,
Invigilet, nec vincat eum tortura laboris,
Fortior inſurgat, cunctiſque recentior horis.

Moveat quoque eos exemplum JCti *Joan. Andreæ, qui ad Specul. in tit. de ſalariis. §. ſequitur.* dicit ſe quinquagenta annos juri ſtuduiſſe, & *Baldi JC.* qui in proœmio feudorum ſe quadraginta annos juris ſtudio operam dediſſe refert. Cato tanta legendi aviditate tenebatur, ut nunquam ſatiari poſſet, ſed in curia ſemper legere ſolebat, dum cogeretur ſenatus. Facit huc illud vulgatum apophthegma, quod *ſtudioſus juris debet habere ferreum caput, plumbeas nates, & auream crumenam.* Denique meminerint ejus ſententiæ, quam dixiſſe fertur *Julianus, in l. apud. 20. ff. de fideic. libert. Ego diſcendi cupiditate, quam ſolam vivendi rationem optimam in octavum & ſeptuageſimum ætatis annum duxi, memor ſum ejus ſententiæ, qui dixiſſe fertur:* Κἂν τὸν ἕτερον πόδα ἐν τῇ σορῷ ἔχω, ἔτι προσμαθεῖν βουλοίμην.

V. Privilegium eſt, quod ſtudioſi conventi in foro Academico, non coguntur dare extraneos fidejuſſores, ſed ſufficit dare alios ſtudioſos & vades, licet ipſi ſint ad conveniendum difficiles. textus *in l. ult. C. de privileg. ſcholar. urb. Roma. lib. 12. tit. 30. Rebuff. de privil. ſtudioſ. privil.* 171.

VI. Privilegium eſt, quod ſcholaris non finito tempore locationis recedens de domo conducta, propter peſtem vel aliam juſtam cauſam, non tenetur ad penſionem totius anni, etiamſi illam domum vel cubiculum illud per integrum annum conduxit, ſed temporis ſolius, quo illam domum vel illud cubiculum inhabitavit. *l. habitatores. 27. §. fin. ff. locat. Rebuff. de privileg. ſtudioſ.* XI. Ratio eſt,

quia

quia peſtis eſt fugienda. *c. negotiatorem Clericum fuge veluti quandam peſtem. diſtinct.* 88. Et medicorum eſt conſilium:

Hæc tria præcipue tollunt adverbia peſtem,
Longe, cito, tarde, cede, recede, redi.

Menoch. remed. x. *recup. poſſeſſ. num.* 106. *Covarruv. in practic. quæſt. cap.* 30. *num.* 3. *Borcholt. in tract. de feud. cap.* 8. *num.* 2. per *d. l. habitatores.* §. *fin.* ubi dicitur, quod ſi inquilinus ante finitum conductionis tempus emigravit ex domo conducta, non debet mercedem ſolvere, ſi juſta fuit timoris vel periculi cauſa.

VII. Privilegium eſt, quod pater poteſt compelli ſubminiſtrare ſumtus ſtudiorum filio ſuo volenti ſtudere. *l. de bonis.* 6. §. *non ſolum.* 5. *ff. de Carb. edict.* cujus verba ſunt: *Non ſolum præſtari alimenta debent pupillo, ſed etiam in ſtudio & alia impenſa debet impendi pro modo facultatum. l. Macedoniani.* 3. *C. ad SC. Macedon.* Pulchre *Rebuff. d. loco. privil.* 53. *l. qui filium. ff. ubi pupill. educ. deb.* Facit illud ſapientis *Catonis*:

Cum tibi ſunt nati, nec opes, tunc artibus ipſos
Inſtrue, quo poſſint inopem defendere vitam.

Intellige autem parentes tantum poſſe compelli, ut curent liberos inſtitui quoad Grammaticam, ſeu ut curent liberos ſcribere & legere, cum iſta diſciplina ſit homini neceſſaria. In legibus vero & jure civili non tenetur pater dare erudiendum filium, niſi hoc exigat qualitas ingenii, & quantitas bonorum. Quod judicis arbitrio relinquetur. *Rebuff. d. loc.*

VIII. Privilegium eſt, quod filius non tenetur ſumtus a parentibus in ſtudia collatos poſt mortem ejus conferre, ſed habebit eos præcipuos. *l. quæ pater.* 50. *ff. famil. erciſc.* Similiter quod pater expendit in promotionem, puta doctoratum vel magiſterium filii, hoc filius habebit præcipuum, nec tenetur cum fratribus aut ſororibus conferre. *l.* 1. §. *nec caſtrenſe.* 15. *ff. de collat. bonor.* Eodem modo ſi filiusfamilias ſcholaris vivo patre debita ſtudii cauſa contraxit, mortuo patre non tenetur cum aliis fratribus ſuccedens, de ſua parte totum debitum exolvere, ſed ſatisfieri debet de communi hereditate, tanquam æs alienum patris vel heredum. *l. ſi filia.* 20. §. *idem ſcribit.* 6. & §. *Neratius.* 7. *ff. famil. erciſc. Rebuff. d. loc. privileg.* 59. Expenſæ vero ſtudiorum patre mortuo factæ non debent a fratribus ex communi hereditate perſolvi, ſed debet eos filius ex propriis bonis præſtare & ſatisfacere. *l. Lucius.* 1. §. *idem reſpondet.* 2. *ff. ad munic.* ubi *Bart. l.* 1. §. *ſed an.* 16. *ff. de collat. bonor. l. ex parte.* 39. §. *filius.* 3. & *l. ſi filia.* 20. *ff. fam. erciſc. Weſemb. conſil.* 80. *num. ult.*

IX. Privilegium eſt, quod ſi filiusfam. cum voluntate patris in

ſcholis exiſtens accepit pecuniam mutuo, etiam patre invito, hoc mutuum poterit a patre repeti. *l. item ſi filiusfam.* 7. §. *proinde. ff. de SC. Macedon.* Dummodo non excedit filius eam quantitatem, quam pater ſolebat filio ſubminiſtrare. *d.* §. *proinde.* Et ſic favore ſtudiorum ceſſat SC. Macedonianum in ſtudioſis. *l. Macedoniani.* 5. *C. ad SC. Maced.* fac. *l. ſi longius.* 18. *in fine. ff. de judic.* in verb. *ne egeſtate laboret filiusfam. viaticulo ſuo non recepto, quod adſumptum ſtudiorum pater ei deſtinaverat.*

X. Privilegium eſt, quod ſtudioſus capi, vel abduci captivus ex academia vel ſchola publica non poteſt. arg. *c. quiſquis.* & *c. conſtituimus.* 17. q. 4. ubi dicitur, quod domus Epiſcopi habet immunitatem, quod inde captivus abduci non poſſit. Unde hoc fortius procedere debet in loco academico. Pulchre *Rebuff. de privileg. ſtudioſ. privil.* 102. Ubi id variis argumentis & conſuetudine receptum probat, aitque ob id quoſquam ſatellites, qui ſtudioſum ex academia extraxerant, ſuſpenſos fuiſſe in academia Toloſana. Excipitur crimen hæreſeos & læſæ Majeſtatis. *c.* 1. *de homicid. l. quiſquis.* 5. *C. ad l. Jul. Majeſt. Rebuff. ibidem.* quia tunc poteſt dici: *Ab altari evelles eos, ut moriantur.*

XI. Privilegium eſt, quod licet filiusfamilias non poſſit teſtamentum facere, tamen ſtudioſi & liberalium artium magiſtri, doctores, advocati, conſiliarii, notarii, licet filiifam. ſint, poſſunt de bonis ex profeſſione, vel patrociniis cauſarum acquiſitis, tanquam de peculio quaſi caſtrenſi, teſtamentum condere. *l. ult. C. qui teſtam. fac. poſſ. l. ult.* §. *de aliis. C. de inoff. teſtam.* Ratio eſt, quia filiifam. in caſtrenſi peculio vel quaſi, vice patrisfamilias funguntur. text. & *gloſſ. in l.* 2. *ff. de SC. Macedon.* ideoque conſequens eſt, eos teſtari poſſe. §. 1. *inſtit. quib. non eſt perm. teſt. fac.*

XII. Privilegium eſt, quod ſcholares, qui abſunt ſtudiorum cauſa extra continentia urbis, pro præſentibus habentur. Unde gaudent commodis & privilegiis eorum, qui præſentes ſunt. *c. relatum.* & *c. tua fraternitati.* 12. *extr. de cler. non reſident:* text. elegans in *c. ult. extr. de magiſtr. Non enim abeſſe videntur, qui ſtudiorum cauſa abſunt. l. quaſitum.* 78. *ff. de legat.* 3. *l. Seja.* 20. §. *Pamphila.* 6. *ff. de feud. inſtr.* Et abſentia ſtudiorum cauſa dicitur juſta & probabilis. *l. ſi longius.* 18. §. 1. *ff. de judic. l. nec non.* 28. *ff. ex quib. cauſ. major.* Ex hoc privilegio & hoc tanquam conſectarium producitur, quod ſcholaſtici ſive ſtudioſi præbendarum aut beneficiorum poſſeſſores, ſtudentes in ſcholis vel academiis privilegiatis, percipiunt fructus beneficiorum ſuorum, quos perciperent, ſi præſentes eſſent in beneficio. *c. tua. de cler. non reſident. c. cum ex eo. de elect. in* 6. *c. ult. extr. de magiſtr.* Vide *Horatium Lucium* hoc latius explicantem in *tract. de privil. ſcholar. privil.* 98. *Pet. Gregor. lib.* 18. *de republ. c.* 7. *Rebuff. in privil. ſtudioſ. privil.* 31. & 32.

XIII.

XIII. Privilegium eſt, quod ſcholaris poteſt expellere fabrum malleo obſtrepentem & pulſantem prope domum ſcholaris. arg. *l. unic. in fin. C. de ſtud. liberal. urb. Rom. lib.* 11. *tit.* 18. Ubi prohibetur, *ne diſcipuli vel magiſtri ſibi invicem obſtrepant, neve linguarum aut vocum permiſſa confuſio aures vel mentes quorundam a ſtudio avertat.* Quæ ratio etiam militat contra artificem, vel fabrum malleo obſtrepentem. Ergo & eadem juris deciſio ſervanda eſt. *l. illud. ff. ad l. Aquil. Horatius Lucius. de priv. ſcholar. priv.* 46. *Bart. in l.* 1. *ff. de ſolut. matr. in ult. columm.* ubi dicit, quod ad officium judicis pertinet, quicquid fit juxta ſcholas, per quod lectura impeditur vel auditores turbantur, removere. Approbat & confirmat hanc deciſionem *Reyger. in theſaur. jur. in loc. de artific. & mercator.*

Unde etiam ſtatutum in urbe Leydenſi extat, quod nulli fabri lignarii, ferrarii, vel alii opifices, qui ſtrepitu profeſſorum vel ſtudioſorum exercitia turbare poſſunt, intra xx perticas poſſint circa academiam vel ſcholam trivialem habitare.

XIV. Privilegium eſt, quod ſcholares delinquentes mitius puniuntur quam alii. Quod tum demum procedit, ſi ſcholaris excellenti ingenio & eruditione ſit præditus. per *l. ad beſtias.* 31. *in verb. Si ejus roboris, vel artificii ſint, ut digne pop. Rom. exhiberi poſſint. ff. de pœn.*

Quam legem primum adduxit & allegavit Azo, qui cum propter homicidium plectendus eſſet, & jam ad ſupplicium duceretur, exclamavit *ad beſtias, ad beſtias.* Quod judicibus ab eo deludi exiſtimantibus, tantum abfuit, ut gratiam ſibi conciliaret, ut eorum iram ad necem uſque concitaverit, ut refert *Alciatus. lib.* 9. *parergon. cap. ult.*

XV. Privilegium eſt, quod licet actor ſequi debeat forum rei, *l.* 2. & 5. *C. de juriſd.* tamen ſcholares actores ſuos debitores coram ſuo rectore academiæ convenire poſſunt. text. in *auth. habita. in fin. verſ. qui vero ad alium judicem eos trahere tentaverit, a tali conatu cadat. Rebuff. privil.* 162. Quod & ſtatuto hujus academiæ expreſſe cavetur, dum dicitur: *quod ſtudioſi ſive actores ſint, ſive rei, ſive illis cum ſtudioſo, ſive cive ſit controverſia, non niſi rectoris judicium ſubire cogantur.* Idque obſervatum in cauſa ſtudioſi cujuſdam nobilii nominati Endelgeeſt, qui ſtudioſus convenit colonum ſuum ad ſolvendam penſionem prædii conducti in foro academico, cum ipſe colonus extra academiam in pago Voorſchoten habitaret.

SEQUUNTUR ALIQUOT

PRIVILEGIA DOCTORUM

ET

PROFESSORUM.

I. DOctores propter ſummam dignitatem, omni carceris periculo vacant, etiamſi æs alienum propter inopiam diſſolvere non poſſint, neque bonis cedunt. *l. medicos.* 6. *C. de profeſſor. & medic. lib.* 10. *tit.* 52. ubi notat *Bartol.* DD. non poſſe capi perſonaliter, ſeu duci ad judicium, vel curiam, & ibi *gloſſ.* valde notabilis: imo addit *Bart. in l. C. eod.* quod *extrahens doctorem de domo ſua, pœna capitis teneatur,* per *d. l. medicos.* Adde *l. miles.* 6. *ff. de re jud.* ubi militibus hoc privilegium conceditur, quod non teneantur ultra id quod facere poſſunt, ſed etiam eorum habenda eſt ratio, ne egeant. *l. ſunt qui.* 16. cum *ll. ſeqq.* & *l. inter eos.* 19. *in fin. ff. eod.*

At vero quod ibi de militibus ſtatutum eſt, hoc extenditur ad doctores legum, & advocatos. Nam hi comparantur militibus, ideoque non conveniuntur, niſi in quantum facere poſſunt. per *l. advocati.* 14. & *l. fori.* 4. *C. de advoc. diverſ. jud.* ubi advocati militare dicuntur. *Guid. Pap. quæſt.* 388. Imo nec pro debito capi, incarcerari, aut arreſtari poſſunt. *Praſ. Everhard. in loc. legal. in loc. a milite arm. milit. ad militem cœleſt. milit. in princ.*

II. Doctores de crimine quamvis capitali ſuſpecti in carcere detineri non debent, ſed liberantur a pœna vel cuſtodia carceris, ſi fidejuſſores dent judicio ſiſti. text. in *l. ſi gravis.* 16. *l. quoties.* 17. *C. de dignitat. lib.* 12. idque probant interpretes per *l.* 1. *ff. de cuſtod. reor.* Quod tamen ita temperandum eſt, ut reus doctoratu inſignitus, non omnino liber dimitti, ſed quod loco carceris ei ex arbitrio judicis domus vel civitas certa cum cuſtodia militum aſſignari, vel etiam remota cuſtodia in certum locum arreſto conſtringi debeat. Ita notat *Proſper Farrinacius in praxi criminali, tit.* 4. *quæſt.* 33. *num.* 60. *& ſeqq.*

III. Doctores quamvis de crimine ſuſpecti & legitimis indiciis gravati, torturæ ſubjici non debent. arg. *l. milites.* 9. *C. de quæſt.* ubi dicitur milites non eſſe torquendos. Unde colligitur neque doctores torturæ ſubjiciendos. Ratio eſt, quia omnia privilegia quæ militi-

militibus competunt, non propter imperitiam juris, ſed dignitatis vel publicæ utilitatis cauſa, etiam DD. conceſſa ſunt. *Bart. Cyn.* & *Salyc. in l.* 1. *C. de jur. & fact. ignor.* Idem quoque tenet *Cynus in d. l. milites.* 9. & *l.* 4. *C. ad l. Jul. Majeſt.* Nam ne decuriones quidem, quorum minor eſt quam doctoratus dignitas, torqueri poſſunt. *l. decuriones.* 6. *C. de quæſt.* idem *addit. ad gloſſ.* expreſſe ſtatuit *in d. l. milites.* 9. *C. de quæſt.*

IV. Doctores maxime legum, ſicut & advocati, pro nobilibus ſunt habendi. *l. providendum.* 7. *C. de poſtul.* ubi gloſſ. dicit, quod *ſcientia nobilitat.* fac. *l.* 1. §. *proinde ne juris quidem.* 5. *ff. de extraord. cognit.* ubi dicitur, quod *ſanctiſſima civilis ſapientia pretio nummario æſtimari vel comparari non poteſt.* Comprobat hoc *l. ſcire oportet.* 13. §. *aliud etiam.* 2. *ff. de excuſ. tut.* ubi *Scævola, Paulus, & Ulpianus,* dicuntur *Coryphæi.* i. e. Principes: unde nobilium privilegia etiam doctoribus competunt. *Bart. in l. medicos. C. de profeſſ. & medic. lib.* 10. Unde etiam doctores, quia nobiles ſunt, in delictis corporis pœna luendis mitius puniendi ſunt, quam ignobiles. Sic enim, quando agitur de pœna corporali, mitius puniuntur quam ignobiles. *Clar. lib.* 5. *ſent.* § *fin. num.* 24. per *l. aut facta.* 16. §. *perſona.* 3. *ff. de pœn. l. ſacrilegis.* 6. in princ. & §. 1. *ff. ad l. Jul. pecul. l.* 3. §. *pen. ff. ad l. Corn. de ſicar. l. Pedius.* 4. §. 1. & *l. ult. ff. de incend. ruin naufr. Covarruv. lib.* 2. *var. reſolut. c.* 9. *num.* 3.

V. Doctores propter dignitatis ſeu nobilitatis prærogativam hoc habent privilegium, quod teſtimonii dicendi, vel jurisjurandi cauſa domo ad tribunal judicis vel magiſtratus evocari non debent, ſed ad ipſum judex quempiam mittere debet, qui jusjurandum vel teſtimonium ab eo domi recipiat. *l. ad perſonas egregias.* 15. *ff. de jurejur.*

VI. Filii doctorum & profeſſorum debent extraneis in lecturis præferri, nec aliquid pro examine aut aliis ſumptibus doctoralibus exſolvere coguntur. *l. jubemus.* 3. circa medium. *C. de advoc. diverſ. judic. Præſes Everhard. conſil.* 193.

VII. Hoc etiam privilegium doctori tribuitur, quod doctori quamvis unico teſti atteſtanti de peritia ſui diſcipuli plena fides adhibetur. *l. nemini.* 11. *C. de advoc. diverſ. judicior.* ubi *Baldus,*

VIII. Doctores quovis tempore & loco arma geſtare poſſunt, arg. *l. ult. C. de præpoſ. ſacri cubiculi. lib.* 12. *tit.* 5. *Bart. in l. medicos. C. de profeſſ. & medic. lib.* 10. *tit.* 52. ubi dicitur, quod viri illuſtres poſſunt uti cingulo militari.

IX. Nono ex conſtitutionibus Imp. in Comitiis Francofurti anno 1577. habitis conceſſum eſt doctoribus eorundemque uxoribus jus veſtimenta, ornamenta, & aureas catenas, annuloſque juxta dignitatem & privilegia ſua gerendi, Idem confirmat *Guid. Pap. quæſt.* 88. ubi notat, quod doctores juris cenſeri debent nobiles, quia a populo taliter nominantur & reputantur. Unde etiam geſtant zonam vel catenam deauratam, quod non faciunt plebeji.

X. Decimum privilegium eſt, quod ſcholares & diſcipuli inopi doctori & præceptori alimenta ſuppeditare tenentur. Quod probatur exemplo Maſſurii Sabini, qui propter inopiam plurimum a ſuis auditoribus ſuſtentatus eſt. *l.* 2. §. *fin. ff. de orig. jur.* Idque evidens ratio naturalis dictat, qua naturali obligatione ut benefacientibus gratias rependamus, diſcipuli ſuis præceptoribus obſtringuntur. *l. ſed etſi.* 25. §. *conſuluit.* 11. *ff. de petit. hered. l. Aquilius Regulus.* 27. *ff. de donat. Parentibus enim & præceptoribus* (ut eleganter & præclare Seneca loquitur) *non poteſt reddi æquivalens.* Et Alexander Magnus Imper. pluris faciebat præceptorem ſuum Ariſtotelem, quam proprium patrem Philippum, quia ab hoc naſcendi, ab illo bene naſcendi initium ſumpſerat. Pulchre *Lipſius in epiſtolis: Naſci vulgare eſt, bene inſtitui altera vita eſt.*

XI. Undecimum privilegium eſt, quod doctores immunes ſunt ab omnibus oneribus & muneribus publicis & civilibus. *l. medicos.* 6. *C. de profeſſ. & medic. lib.* 10. *tit.* 52. proinde non tenentur excubias agere, nec milites hoſpitio recipere, nec diurno nec nocturno tempore ad portas vigilare, nec loricis vel aliis armis, quæ civibus imponuntur, inſtructi eſſe coguntur, nec denique collectam ſolvere tenentur. text. notab. in *l. ſancimus.* 6. *C. de advoc. diverſ. judicior.* ubi dicitur, quod Advocatis nulla debet ingeri peræquatio. h. e. ut interpretatur Accurſ. nihil collectarum nomine debet eis injungi. facit quod ſacerdotes a talibus contributionibus eximuntur, *c. clerici. de immun. eccleſ. in* 6. Sed doctores legum ſacra miniſtrare dicuntur, & ſacerdotibus æquiparantur. *l.* 1. in verb. *cujus ſcilicet artis æqui & boni nos merito quis ſacerdotes appellet. ff. de juſt. & jur.* Ergo &c. *Guid. Pap. quæſt.* 388. Late *Menoch. in arbitr. judic. quæſt. lib.* 2. *cent.* 4. *caſu* 372.

XII. Duodecimum eſt, quod doctor qui tranquillum & quietum habitandi locum ad ſtudia ſua excolenda nullibi in civitate, quam in ea platea, ubi faber habitat, reperire poteſt, fabrum ſibi obſtrepentem & turbantem ſua ſtudia expellere poteſt. arg. *l. unic. in fin. C. de liberal. ſtud. urb. Rom. lib.* 11. *tit.* 18. Quod tunc maxime locum habet, ſi doctor prævenit fabrum in habitando, ut tunc a doctore ex vicinia ejus poſſit expelli, ne clamore & ſtrepitu turbet ejus ſtudia. arg. *l.* 2. §. *ſi quis nemine.* 17. *ff. ne quid in loc. publ. Mantua in dialogiſmo ſeu gloſſar. juris, claſſ.* 1. *c.* 14.

XIII. Doctores juris, qui in academiis XX annos docuerunt, illuſtres ſeu nobiles efficiuntur, Comitum Palatinorum titulo & honore gaudent. arg. *l. unic. C. de profeſſ. qui in urbe Conſtantinop. lib.* 13. *tit.* 15. ubi ejuſmodi profeſſores juris, qui per XX annos publice profeſſi ſunt, æquiparantur Comitibus & vicariis Principum, quos propter ſuam dignitatem illuſtres eſſe conſtat. *Weſembec. conſil.* 40. *num.* 50. ubi ex *d. l. unic.* recte notat, quod profeſſores juris, qui XX annos docuerunt Comitum dignitate potiantur. Hinc in academia

mia Salmanticenſi in Hiſpania, item in Duacenſi Flandriæ Acad. qui vigeſimum annum explevit in munere docendo, ſtipendio ſuo (immunis a legendo) quamdiu vivit, fuitur. *Middend. lib. 7. de acad. in cap. de Salmanticenſ. Academia.*

XIV. Hinc quamvis profeſſor itemque doctor per ſubſtitutum legere non poſſit, *l. ult. ff. de excuſ. tut. l. 1, §. ne autem. 9. C. de caduc. toll.* attamen quando XX annorum ſpacio doctor publica profeſſione functus, illuſtris eſt factus, per ſubſtitutum profiteri poteſt. *l. nullus qui nexu. 60. C. de decur. lib. 10. tit. 31.* Cujus hæc ſunt verba legis: *Hi vero decuriones, qui honorario titulo illuſtrem dignitatem ſunt conſecuti periculo ſuarum facultatem, per ſubſtitutos curiæ muneribus ſatisfacere non vetentur.*

XV. Decimum quintum privilegium eſt, quod qui doctorem juris vel profeſſorem publicum cujuſcunque facultatis verberat, pulſat, vulnerat, vel injuria afficit, tenetur l. Julia de vi publ. *l. lege Julia. 7. ff. ad l. Jul. de vi publ.* in verb. *oratorem.* i. e. ut *gl.* interpretatur, *artium vel legum doctorem.*

Et hanc ſententiam adhuc hodie in judiciis obſervari notat *Hartmann. ab Hartmanno in pract. obſerv. lib. miſcell. juris civilis. c. 1.*

F I N I S.

INDEX
CONTROVERSARUM QUÆSTIONUM,
quæ in hoc libro tractantur.

CENTURIÆ PRIMÆ.

I. ASSERT. JUS a juſtitia appellatum eſt.

II. Juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas, jus ſuum cuique tribuens.

III. Unicum eſt jus naturale, unicumque jus gentium, exploſa DD. diſtinctione inter primævum & ſecundarium jus.

IV. Jus naturale eſt immutabile.

V. Æquitas præfertur ſtricto juri.

VI. Quilibet populus, & quælibet civitas jus ſibi condere propria auctoritate non poteſt.

VII. Lites & controverſiæ ex præſcripto legum, non ex arbitrio judicis dijudicari debent.

VIII. Conſuetudo non introducitur tempore decennii, neque duobus actibus.

IX. Conſuetudo abrogat & emendat legem ſcriptam.

X. Conſuetudo tam per actus extrajudiciales, quam judiciales introducitur.

XI. Princeps legibus ſolutus eſt.

XII. Communis error minime facit jus.

XIII. Publica a communibus differunt, non uſu, ſed proprietate. Communia enim ab omnibus per partes acquiruntur occupando, etiam quoad proprietatem; publicorum vero proprietas eſt in bonis Populi.

XIV. Judex ſecundum ea, quæ allegantur & probantur in judicio; non ſecundum ea, quæ ſcit ut privatus, judicare debet.

XV. Recte Azo contra Lotharium defendit, quod ſolus Princeps non habeat merum imperium, ſed & alii magiſtratus.

XVI. Merum imperium delegari non poteſt, ne quidem propter abſentiam promiſcue delegari poteſt.

XVII. Conceſſa juriſdictione a Principe, merum imperium conceſſum non cenſetur.

XVIII. Mixtum imperium delegari poteſt, & mandata juriſdictione transfertur.

XIX. Tutoris datio neque imperii neque juriſdictionis eſt.

XX.

Digitized by Google

XX. In privatis negotiis filius patrem, & pater filium judicem habere poteſt.

XXI. Delegatus judex judicis dandi poteſtatem non habet.

XXII. Ordinarius judex jus dicendæ mulctæ habet, non vero delegatus.

XXIII. Extra territorium ſuum jus dicenti impune non paretur.

XXIV. Pacto, quo convenit, ut incompetens judex adiretur, antequam aditus ſit, renuntiari poteſt.

XXV. Idonea cautio fit, tam per pignora quam fidejuſſores.

XXVI. In conventione judicio ſiſtendi cauſa facta, generalis renunciatio caſuum fortuitorum non valet.

XXVII. Sententia lata diebus feriatis valet conſenſu litigatorum.

XXVIII. Actor emendare & declarare libellum ad ſententiam uſque, mutare vero & ſubſtantiam ejus corrigere duntaxat uſque ad litem conteſtatam poteſt.

XXIX. Fides hoſti data ſervanda eſt.

XXX. Pacta de ſuccedendo vel non ſuccedendo ſuper hereditate viventis, jure civili non valent.

XXXI. Pactum contractibus bonæ fidei adjectum parit actionem, ſed ſtricti juris contractibus appoſitum actionem non producit.

XXXII. Pupillus abſque auctoritate tutoris naturaliter obligatur.

XXXIII. Minores ſine curatoribus ſuis recte obligantur.

XXXIV. Prodigo non ipſo jure, ſed magiſtratus ſententia bonorum adminiſtratione interdicitur, & poſt interdictionem promittendo ne quidem naturaliter obligatur.

XXXV. Ex pactis adjectis contractibus bonæ fidei non competit præſcriptis verbis actio, ſed actio ex principali contractu.

XXXVI. Pactum contractibus adjectum de non alienando, non impedit dominii tranſlationem; ſed ad intereſſe agere poterit paciſcens, ſi ſua interſit non alienari.

XXXVII. Pacto uni tantum ex heredibus cavere poſſumus, ut cæteris non proſit.

XXXVIII. Redditio chirographi facta a creditore debitori, inducit remiſſionem debiti, pignoris vero reſtitutio non item.

XXXIX. Nuda pacta non pariunt actionem, ſed exceptionem tantum.

XL. Ambiguum vel obſcurum pactum contra venditorem, ſtipulatorem, & locatorem interpretandum eſt.

XLI. Quilibet poteſt pacto, juri & favori pro ſe introducto renuntiare,

XLII. Jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt.

XLIII. De crimine capitali, excepto adulterio, tranſigere & paciſci licet; at de crimine non capitali, excepto crimine falſi, trangere, turpe & illicitum eſt.

XLIV. Sicut de adulterio non licet tranſigere, ita nec de raptu.
XLV. Tranſactio inter alios inita, aliis non nocet.
XLVI. Tranſactio ſuper re certa vel judicata fieri non poteſt.
XLVII. Tranſactio de alimentis facta, neque ad veſtiarium, neque ad habitationem pertinet.
XLVIII. Procuratores & ſyndici tranſigere non poſſunt. Tutores vero & curatores ſine conſenſu magiſtratus, tranſigendo res minorum alienare vetantur.
XLIX. Major annis XVII poteſt eſſe procurator ad lites.
L. In capitalibus judiciis procurator ad accuſandum aut defendendum intervenire non poteſt, niſi in caſu ubi abſens damnari poteſt, aut ad allegandas cauſas abſentiæ.
LI. Procurator totorum bonorum non poteſt res domini vendere, neque tranſigere de rebus domini, ſed procurator datus cum libera poteſt.
LII. Procurator ex contractibus geſtis procuratorio nomine, tenetur etiam finito officio.
LIII. Procurator præciſe non cogitur dominum defendere.
LIV. Si dominus factus eſt non ſolvendo, procurator non tenetur eum defendere.
LV. In actionibus famoſis procurator intervenire poteſt.
LVI. Qui propria auctoritate, & ſine judice jus ſibi dicit; vel per vim, quod ſuum eſt, vel ſibi debetur, aufert, jus ſuum amittit.
LVII. Si dolus det cauſam contractui bonæ fidei, contractus eſt ipſo jure nullus. In ſtricti autem juris contractibus, ſive dolus det cauſam, ſive incidat, contractus ipſo jure ſubſiſtit, ſed doli actione vel exceptione dolus vindicatur.
LVIII. Actio doli non habet locum, ubi alia ſupereſt.
LIX. Univerſitas ſeu reſpub. ex delicto obligari & conveniri poteſt.
LX. Minore reſtituto in integrum, fidejuſſores non ſunt reſtituendi.
LXI. Liberi & liberti non reſtituuntur in integrum contra parentes & patronos.
LXII. Minor XXV annis ob juramentum contractui appoſitum privatur reſtitutione in integrum.
LXIII. A ſententia arbitri, ſine pœna facto compromiſſo, hodie non appellatur.
LXIV. Illiterati & juris imperiti judices eſſe non poſſunt.
LXV. Minor XXV annis modo ſit exephœbus, hoc eſt, annorum XVIII judex eſſe poteſt.
LXVI. Ordinarii judices jure civili recuſari non poſſunt, licet in delegatis diverſum obtineat.
LXVII. Judicium de re pendenti aut futura inſtitui non poteſt.
LXVIII. Legati non poſſunt conveniri in loco legationis, ex contractu antea ibi inito, ſed jus revocandi domum habent.
LXIX. Ubi acceptum ſemel eſt judicium, ibi & finem accipere debet.

LXX. In bonæ fidei judiciis, qui debet ſub conditione vel in diem, ad præſtandam cautionem ante diem vel conditionem cogi poteſt ex juſta cauſa.

LXXI. Inter patrem & filium lis nulla poteſt conſiſtere.

LXXII. Executor de viribus ſententiæ cognoſcere & pronuntiare non poteſt.

LXXIII. Debitor in loco contractus conveniri poteſt, ibique ſe defendere debet.

LXXIV. Naturalis rei interitus poſt moram contingens, pertinet ad debitorem, niſi res eodem modo apud actorem peritura fuiſſet.

LXXV. Rei vindicatio datur contra eum qui poſſidet, vel detinet rem noſtram.

LXXVI. Publiciana actio poteſt cum rei vindicatione in eodem libello conjungi.

LXXVII. Arbor alluvione in agrum alienum tranſlata, ejus fit, cujus fundo adheret.

LXXVIII. Ad emphyteuſin neceſſaria eſt ſcriptura.

LXXIX. Emphyteuſis eſt contractus juris gentium, non civilis.

LXXX. Emphyteuſis inconſulto domino directo, donari & legari poteſt.

LXXXI. Acquiritur emphyteuſis præſcriptione xxx annorum in prædiis privatis, in fundis vero eccleſiæ vel civitatis XL annis.

LXXXII. Dominus non poteſt ob non ſolutum canonem emphyteutam expellere propria auctoritate ex fundo emphyteutico.

LXXXIII. Dominus ſi poſt ceſſationem triennii penſiones accipiat ab emphyteuta, aut ſi pœnam ſtipulatus ſit, ni penſiones ſolvat, poteſt emphyteutam nihilominus expellere.

LXXXIV. Interitus totius rei emphyteuticæ, ſpectat ad dominum, particularis vero ad emphyteutam; neque ob ſterilitatem fit remiſſio canonis.

LXXXV. Emphyteuſis inter plures emphyteutas inconſulto domino poteſt dividi.

LXXXVI. Uſusfructus non dominii pars eſt, ſed ſervitus eſt.

LXXXVII. Fructibus annuis fundi legatis, uſusfructus legatus eſſe cenſetur.

LXXXVIII. Fructus ſine uſu eſſe non poteſt.

LXXXIX. Teſtator non poteſt fructuario remittere cautionem fructuariam earum rerum quæ uſu conſumuntur, in præjudicium heredis.

XC. Uſufructuarius jus vindicandarum ſervitutum non habet.

XCI. Uſufructuarius uſumfructum alienare non poteſt.

XCII. Omnes ſervitutes longi temporis præſcriptione acquiruntur, remota diſtinctione DD. inter continuas, & diſcontinuas.

XCIII. Ad præſcriptionem ſervitutum non opus eſſe titulo, contra DUARENUM, verius eſt.

XCIV. Ob omnes ſervitutes tam urbanas, quam ruſticas, novum

Digitized by Google

vum opus nuntiari poteſt.
XCV. Urbanum prædium diſtinguit a ruſtico, non locus, ſed materia.
XCVI. Servitutes reales ſine prædiis non poſſunt conſtitui.
XCVII. Servitutes omnes prædiales perpetuam cauſam habere debent.
XCVIII. Servitus, quæ nec prædio, nec perſonæ utilitatem adfert, conſtitui nequit.
XCIX. Jus altius tollendi ſervitus eſt.
C. Servitus pro parte acquiri vel imponi non poteſt.

CENTURIÆ SECUNDÆ.

I. Assert. Servitute impoſita, ne luminibus officiatur, tam de futuris, quam præſentibus luminibus cautum cenſetur.
II. Ad ſervitutes prædiorum, neque interdictum *unde vi*, neque *uti poſſidetis* pertinet.
III. Servitutes neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, ipſo jure conſtitui poſſunt.
IV. Servitute conceſſa, ea omnia conceſſa ſunt, ſine quibus ſervitute uti non licet.
V. Inter ſervitutes luminum, & ne luminibus officiatur, item altius non tollendi, nulla differentia eſt.
VI. Servitute ſimpliciter conceſſa, ei electio datur, cui conceſſa eſt, per quam partem fundi ſervientis velit uti ſervitute.
VII. Scientia adverſarii in præſcriptione ſervitutum deſideratur.
VIII. Iter eſt jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum. Actus eſt jus agendi jumentum, vel vehiculum. Via eſt jus eundi, agendi & ambulandi. Qui actum habet, & iter habet ſine jumento. Via & iter & actum in ſe continet.
IX. Actio finium regundorum xxx annorum præſcriptione tollitur.
X. Tria judicia diviſoria recte dicuntur actiones mixtæ, tam in rem, quam in perſonam.
XI. Familiæ erciſcundæ actio ſemel tantum intentari poteſt, & ſi quid indiviſum remanſerit communi dividundo judicio agetur.
XII. Diviſio hereditatis non reſcinditur, niſi læſio dimidium juſtæ portionis egrediatur.
XIII. Nunquam actio negotiorum geſtorum, & familiæ erciſcundæ ex eadem cauſa concurrunt.
XIV. Heredes, etiamſi xxx annos in communione ſteterunt, nihilominus poſſunt ad diviſionem hereditatis provocare,
XV. Si convenit, ut pecuniam quam mihi debes ex cauſa mandati, retineas mutui nomine, mutuum contrahitur.
XVI. Licet pecunia gratia accipientis ſit depoſita, convertenda in

mutuum, tamen periculum caſus fortuiti non præſtatur.
XVII. Debitum particulariter invito creditori ſolvi non poſſe, ex communi DD. ſententia adfirmo.
XVIII. In ſolutione monetæ inſpiciendum eſt tempus contractus mutui, ac quæ quantaque eo tempore æſtimatio pecuniæ fuerit, attendendum eſt, niſi debitor fuerit in mora.
XIX. In æſtimatione rei petitæ, in ſtrictis judiciis litis conteſtatæ tempus ſpectandum eſt, in bonæ fidei judiciis tempus rei judicatæ.
XX. Pro vino vel frumento mutuato reddi non poteſt pecunia, invito creditore.
XXI. Cum alia contractus opinione, quam dati ſunt, quis nummos accepit, ut puta ſi ego tibi quaſi donaturus pecuniam dederim, tu quaſi mutuam accipias, neque mutuum, neque donatio eſt.
XXII. Debitor poſt biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere poteſt, dummodo exceptionem probet.
XXIII. Si pro pecunia, ſpecies vendenda data ſit, ut redacta ex pretio pecunia credita ſit, mutuum contrahitur.
XXIV. Actor licet ipſe nihil probaverit, reo jusjurandum judiciale deferre poteſt.
XXV. Perjurium legibus civilibus legitima pœna vindicatur.
XXVI. Cauſa jurejurando deciſa prætextu perjurii retractari non poteſt.
XXVII. In cauſis criminalibus non defertur a judice jusjurandum, in ſupplementum probationis.
XXVIII. Ex jurejurando promiſſorio nulla oritur actio jure civili.
XXIX. Jusjurandum judiciale etiam per procuratorem poteſt præſtari, dominoque prodeſt.
XXX. Etiam ob latam culpam juratur in litem, & lata culpa ſub dolo continetur in civilibus cauſis.
XXXI. In jure jurando in litem habetur etiam ratio affectionis.
XXXII. In contractu venditionis & emtionis non juratur in litem.
XXXIII. In contractibus, qui ſolius recipientis cauſa fiunt, leviſſima culpa; in contractibus, qui ſolius dantis utilitatem reſpiciunt, lata culpa; in iis, qui utriuſque gratia fiunt, levis culpa præſtatur.
XXXIV. In contractibus nominatis non datur condictio ob rem dati.
XXXV. Si tibi pecuniam dedi, ut mihi Stichum dares, permutatio, non emtio erit, periculoque meo Stichus erit.
XXXVI. Indebitum errore facti ſolutum repetitur, non errore juris.
XXXVII. Nulla repetitio indebiti competit ab eo qui ſuum recepit, tametſi ab alio, quam vero debitore ſit adnumeratum.
XXXVIII. Debitor qui debet alternative duas res, & ſolvit utrunque, eligere poteſt, quod repetat.
XXXIX. Condictio furtiva datur in ſolidum contra heredes furis.
XL. Mulier certiorata de jure ſuo, renuntiare poteſt SCto Vellejano, etiam extra judicium.

XLI. Compenſatio fit ipſo jure citra factum hominis.
XLII. Commodati actioni non poteſt opponi compenſatio.
XLIII. Speciei ad ſpeciem ſive ſpeciei ad quantitatem, non admittitur compenſatio.
XLIV. Etiam litigioſum debitum venit in compenſationem.
XLV. Quæ naturaliter tantum debentur, compenſantur.
XLVI. Tam morte mandantis, quam mandatarii ſolvitur mandatum, ſi adhuc ſit res integra.
XLVII. Ex ratihabitione naſcitur actio mandati.
XLVIII. Ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur.
XLIX. Societas ſolvitur morte, hereſque ſocii in ſocietate non ſuccedit.
L. Arbitrio collato in aliquem tertium, viri boni arbitrium electum cenſetur.
LI. Socius ſocio tantum tenetur in id, quod facere poteſt.
LII. In pretio emtionis naturaliter licet contrahentibus ſe circumvenire.
LIII. Diſſenſus in materia vitiat emtionem; pignus & ſtipulationem non item.
LIV. Emtione perfecta, ne quidem cum arrharum diſpendio ab ea recedere licet.
LV. Perfecta emtione, quod fit ſimul atque de merce & pretio convenit, periculum rei venditæ ſtatim ad emtorem pertinet, contra Cujacium.
LVI. Vino certo in ſpecie vendito, periculum *ſtatim* emtorem reſpicit, niſi actum ſit, ut vinum deguſtetur.
LVII. Venditor ſi facultatem habet rei tradendæ, præciſe ad tradendum cogi poteſt.
LVIII. Remedium *l. 2. C. de reſcind. vendit.* non habet locum in tranſactione.
LIX. Jus accreſcendi non tranſit in emtorem.
LX. In contractibus jus accreſcendi non habet locum.
LXI. Nomine venditionis non continetur alienatio.
LXII. Pacto de retrovendendo præſcribitur xxx annis.
LXIII. Nemo invitus cogi poteſt rem ſuam vendere, ne quidem a Principe.
LXIV. Venditor etſi fundum ſimpliciter vendat, tamen eum liberum a ſervitute præſtare tenetur.
LXV. Res ex mea pecunia emta, non eſt mea, ſed ementis.
LXVI. Non eſt neceſſe mercedem locationis conſiſtere in pecunia numerata.
LXVII. Ex conductione decennii non tranſit utile dominium.
LXVIII. Emtor, legatarius, & alii ſingulares ſucceſſores non tenentur ſtare locationi, niſi conventum ſit.
LXIX. Ex contractu *facio ut des*, oritur præſcriptis verbis actio.

LXX. Re aliena obligata creditori ſcienti, non convaleſcit pignus, dominio debitori ſuperveniente.

LXXI. Species illa pignoris, quæ ἀντίχρησις appellatur, licet præſcriptum a legibus uſurarum terminum egrediatur, licita eſt.

LXXII. Invecta in prædium urbanum tacite pignori ſunt obligata, non autem in prædium ruſticum.

LXXIII. Quando nihil pactum eſt de diſtrahendo pignore, creditor nihilominus poſt unam denuntiationem, pignus vendere poteſt.

LXXIV. Qui priorem habet generalem hypothecam, creditori poſteriori generalem hypothecam habenti in bonis poſt utramque obligationem quæſitis præfertur.

LXXV. Nec urbanæ, nec ruſticæ ſervitutes oppignorari poſſunt.

LXXVI. Qui ob refectionem navis pecuniam credidit, non habet tacitam hypothecam.

LXXVII. Uſuræ legitimæ divino & humano jure non ſunt prohibitæ.

LXXVIII. Unica interpellatio conſtituit debitorem in mora.

LXXIX. Sola oblatio ſufficit ad purgandam moram, & vitandam pœnam; ſed pleniſſimam liberationem parit oblatio, conſignatio, & depoſitio.

LXXX. Cum dies & pœna eſt in obligatione, non admittitur purgatio moræ.

LXXXI. In obligationibus in diem, lapſus diei in mora conſtituit debitorem, nec interpellatio requiritur.

LXXXII. Uſuræ in ſtricti juris judiciis, non niſi per ſtipulationem debentur.

LXXXIII. Sola præſtatio uſurarum longo tempore facta, non inducit obligationem uſurarum in futurum.

LXXXIV. Pœna conventionalis duplum excedere non poteſt.

LXXXV. Improbus fœnerator extra ordinem criminaliter puniri poteſt.

LXXXVI. In ſtricti juris actionibus fructus non veniunt, niſi a tempore litis conteſtatæ.

LXXXVII. Malæ fidei poſſeſſores non tantum de fructibus perceptis, ſed etiam percipiendis tenentur.

LXXXVIII. Bonæ fidei poſſeſſor, qui poſtea cognovit rem eſſe alienam, cum effectu fructus ſuos non facit.

LXXXIX. Bonæ fidei poſſeſſor, etiam extantes fructus induſtriales reſtituere tenetur, contra DONELLUM.

XC. Fructus & uſuræ legatorum a tempore moræ debentur.

XCI. Fratris teſtimonium jure civili non eſt admittendum.

XCII. Per rerum naturam factum negantis nulla eſt probatio.

XCIII. Ob ſemiplenam probationem, puta unum teſtem, deferri non poteſt a judice jusjurandum.

Digitized by Google

XCIV. Reus non tenetur actori edere inſtrumenta vel rationes ad intentionem ſuam fundandam, ſed actor reo ad probandam exceptionem inſtrumenta edere tenetur.

XCV. Infames in criminalibus cauſis teſtes eſſe prohibentur, in civilibus vero cauſis plenam fidem non merentur.

XCVI. Teſtes, cum de fide inſtrumenti nihil dicitur, contra inſtrumentum admitti non debent.

XCVII. Nullus in re propria eſt idoneus teſtis.

XCVIII. Inſtrumenta privata, ſi non aliis adminiculis juventur, ad probationem ſola non ſufficiunt.

XCIX. Subditi regulariter non ſunt idonei teſtes in cauſa Principis, vel civitatis.

C. Subſcriptio inſtrumenti, non continuo obligat ſubſcribentem.

CENTURIÆ TERTIÆ.

I. Assert. AD matrimonium contrahendum, omni jure tam divino quam humano, item civili & canonico, requiritur de neceſſitate conſenſus parentum in nuptiis liberorum.

II. Filia minor xxv annis, nubens ſine conſenſu parentum, poteſt exheredari.

III. Si quis corruptam pro virgine duxerit, matrimonium non poteſt reſcindi.

IV. Ratihabitio patris liberorum nuptias ſubſequens, retrotrahitur, & ab initio juſtas nuptias efficit.

V. Matrimonium metu contractum ipſo jure non valet.

VI. Deportatione non ſolvitur matrimonium.

VII. De ſubſtantia matrimonii non requiritur deductio ſponſæ in domum mariti.

VIII. Adulterio diſſolvitur matrimonium, non tantum quoad ſeparationem thori, ſed etiam quoad vinculum matrimonii.

IX. Mulier non tantum contra tacitam, ſed etiam expreſſam anteriorum creditorum hypothecam πρωτοπραξίας beneficio in repetitione dotis gaudet,

X. Promittens dotem incertam, efficaciter obligatur ad dotem pro modo ſuarum facultatum, & dignitate mariti conſtituendam.

XI. Filia ſuperſtitibus liberis in conjugio defuncta, dos profectitia non revertitur ad patrem, ſed manet penes maritum.

XII. Mulier naturaliter domina eſt dotis, maritus fictione juris civilis.

XIII. Pro reſtituenda vel conſervanda dote maritus non eſt cogendus fidejuſſorem dare; datus tamen obligatur.

XIV. Pater filiæ tam diviti, quam pauperi, modo legitima ſit, dotem conſtituere cogitur, non vero naturali tantum.

XV. Filia quæ dote accepta, nihil amplius ſe ex hereditate patris acce-

pturam promiſit, ab inteſtato patri ſuccedere non prohibetur, niſi pactum jurejurando confirmaverit.
XVI. Socer de dote conventus, tantum in id quod facere poteſt, tenetur.
XVII. Neceſſarias impenſas quilibet tam bonæ quam malæ fidei poſſeſſor deducit. Utiles bonæ fidei poſſeſſor deducit, malæ vero fidei poſſeſſor eaſdem aufert, ſi quidem ſine læſione ſtatus prioris rei auferre poſſit.
XVIII. Tutor filiis datus, nepotibus datus non cenſetur.
XIX. Suſpectus tutor ob latam culpam remotus non fit infamis.
XX. Teſtamenti factio juris civilis potius eſt, quam gentium.
XXI. Filiusfam. ne de illis bonis adventitiis quidem, quorum uſusfructus patri non quæritur, teſtari poteſt.
XXII. Contractus in teſtamento fieri non poſſunt.
XXIII. Filius emancipatus, ſicut & frater, uxor, maritus, miniſtri, recte in teſtamento adhibentur teſtes.
XXIV. Ex imperfecto teſtamento nihil debetur, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris.
XXV. Nemo poteſt pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedere.
XXVI. Præter XIV cauſas novella Juſtiniani expreſſas, nullam aliam ob ſimilem aut graviorem ingratitudinis cauſam, liberi exheredari poſſunt.
XXVII. Prius perfectum teſtamentum per poſterius imperfectum non rumpitur.
XXVIII. Teſtamentum, quo poſtumus præteritus vivo teſtatore decedit, valet.
XXIX. Ex cauſa exheredationis vel præteritionis reſciſſa inſtitutione, cætera teſtamenti firma manent.
XXX. Qui pure inſtitutus, ſub conditione iterum inſtituitur, pure inſtitutus cenſetur, & qui ſub diverſis conditionibus bis inſtitutus eſt, utra prior extiterit, heres erit.
XXXI. Heres ad certum tempus, vel ex certo tempore inſtitui non poteſt.
XXXII. Si teſtator heredes inſtituit hoc modo, *ex partibus quas adſcripſero*; nullis partibus adſcriptis, æqualiter ſunt heredes. Si vero dixit, *ex partibus quas adſcripſi*; nullis partibus adſcriptis, nulla eſt inſtitutio.
XXXIII. Subſtitutio pupillaris facta puberi verbis directis, non valet, ne quidem in vim fideicommiſſi.
XXXIV. Tam per expreſſam pupillarem ſubſtitutionem, quam per pupillarem tacitam in vulgari contentam, mater a ſucceſſione filii impuberis excluditur.
XXXV. Mater filiis pupillariter ſubſtituere non poteſt.
XXXVI. Nemo ejuſdem hereditatis partem adire, partem repudiare poteſt.

XXXVII. Hereditas non poteſt acquiri per procuratorem.
XXXVIII. Heres ſub conditione inſtitutus pendente conditione non poteſt adire vel repudiare hereditatem.
XXXIX. Heres, qui ignorat conditionem, ſub qua inſtitutus eſt, extitiſſe, non poteſt adire hereditatem.
XL. Qui metu coactus adit hereditatem, non fit heres.
XLI. Juſſus patris in adeunda hereditate præcedere debet, ſed tutoris auctoritas interponitur perfecto negotio.
XLII. Quamdiu poteſt ex teſtamento adiri hereditas, ab inteſtato non defertur.
XLIII. Tutor etiam qui non gerit tutelam, pupillo hereditatem adeunti actor eſſe poteſt.
XLIV. Cujus pater eſt furioſus, is ſine juſſu ejus hereditatem adire poteſt.
XLV. Heres implendo conditionem poteſtativam, ſub qua inſtitutus eſt, hereditatem adire poteſt.
XLVI. Cujus rei legatario non eſt commercium, ei inutiliter ea res legatur.
XLVII. Quantitas eadem ſæpius legata, pluries debetur volente teſtatore.
XLVIII. Legatum in alterius liberam & meram voluntatem conferri non poteſt, ſed in alterius voluntatem, tanquam viri boni arbitrium, collatum valet.
XLIX. In legato generis eſt electio legatarii, niſi aliud teſtator dixerit.
L. Recte definitur legatum, quod ſit donatio quædam a defuncto relicta.
LI. Sicuti aucto legato, quod accedit, pertinet ad legatarium, ita diminuto legato, id quod ſupereſt debetur.
LII. Res hoſtium legari poteſt.
LIII. Legatum fundi in genere relicti, ſive teſtor habeat fundos in patrimonio, ſive non, nullius eſt momenti.
LIV. Cum certa pecunia vel quantitas legatur tanquam corpus, pars ejus pecuniæ, quæ ſupereſt, debetur.
LV. Quando teſtator legat fundum ſibi cum alio communem, pars teſtatoris propria tantum debetur, niſi alteram partem redemit a ſocio; tunc enim totus fundus debetur.
LVI. Cui quid conjunctim legatur cum altero, qui non eſt in rerum natura, ei jure veteri pars tantum debetur, jure novo ſolidum.
LVII. Legatum alicui relictum, cum erit annorum XIV, non niſi expleto anno XIV debetur, eſtque legatum conditionale; unde ſi ante annum XIV legatarius moriatur, ad heredem nihil tranſmittit.
XLVIII. Nemo poteſt cavere, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant.
XIX. Ille agit ex legato, cujus potiſſimum intereſt, licet verba legati

gati ad illum non ſint directa.

LX. Legatarius qui rem ſibi legatam alienare patitur, adhuc poteſt petere rei legatæ precium.

LXI. Teſtator ſi prohibuit in teſtamento rem alienari extra familiam, non valet alienatio, ſed proximi ex familia rem alienatam vindicare poſſunt.

LXII. Incertis perſonis legari non poteſt.

LXIII. Ad legatum conſequendum competunt legatario tres actiones, actio perſonalis ex teſtamento, rei vindicatio, & hypothecaria.

LXIV. Qui legat certam fructuum quantitatem, ſi non naſcatur tantum, quantum legavit, heres ad præſtationem totius tenetur.

LXV. Inter verbis tantum conjunctos locus eſt juri accreſcendi, & re tantum conjunctis præferuntur.

LXVI. Impoſſibilis conditio vitiat contractus; teſtamentis vero adjecta pro nulla habetur, ſalva manente inſtitutione vel legato.

LXVII. Filius fideicommiſſo gravatus unum tantum quadrantem poteſt detrahere jure civili.

LXVIII. Liberi non tenentur ſimplicem donationem ſibi a parentibus factam conferre.

LXIX. Fratrum filii ſuccedunt patruo in capita, non in ſtirpes.

LXX. Donator non tenetur de evictione, niſi ad eam expreſſe ſe obligavit.

LXXI. Donatio omnium bonorum, certæve illorum partis valet.

LXXII. A reis capitalium criminum donationes factæ non valent, ſi condemnatio ſit ſecuta.

LXXIII. Donatio inofficioſa pro modo legitimæ reſcinditur.

LXXIV. Donatio omnium bonorum revocatur, ſi donator poſtea ſuſcepit liberos, ſive cuicunque alii donavit.

LXXV. Donatio inter conjuges confirmatur morte donantis, etiamſi ſtipulatione ſit peracta, & res nondum tradita.

LXXVI. Jus venandi feras cuique jure gentium permittitur.

LXXVII. Præda ab hoſtibus capta ſit capientis.

LXXVIII. Bonæ fidei poſſeſſor naturales & induſtriales fructus conſumtos ſuos facit.

LXXIX. Si quis ex aliena materia bona fide novam ſpeciem fecit, quæ ad priſtinam materiam reverti nequit, ſit facientis.

LXXX. Theſaurus in loco publico vel religioſo inventus, pro dimidia inventori, pro dimidia fiſco cedit.

LXXXI. Dominium ſine poſſeſſione acquiri non poteſt.

LXXXII. Unum eſt tantum genus poſſeſſionis, & duo in ſolidum ejuſdem rei poſſeſſores eſſe non poſſunt.

LXXXIII. In amittenda poſſeſſione non opus eſt animo & corpore; ſed aliquando ſolo animo, aliquando ſolo corpore amittitur poſſeſſio.

LXXXIV. Poſſeſſio defuncti non tranſit ad filium, ſine nova apprehenſione.
LXXXV. Regulariter judicium petitorium cum poſſeſſorio cumulari poteſt.
LXXXVI. In ſequeſtrum non transfertur poſſeſſio.
LXXXVII. Infans abſque auctoritate tutoris poſſeſſionem acquirere non poteſt.
LXXXVIII. Si colonus poſſeſſione deceſſerit, non interpellatur poſſeſſio domini.
LXXXIX. Creditor pignus naturaliter poſſidet.
XC. Miſſus in poſſeſſionem ex primo decreto non poſſidet, ſed miſſus ex ſecundo decreto poſſidet: & ſi adverſarius eſt dominus, miſſus ſit dominus; ſin minus, præſtatur uſucapiendi conditio.
XCI. Ita demum per procuratorem domino acquiritur poſſeſſio, ſi & dominus velit, & procurator habuerit animum domino acquirendi.
XII. Procurator venditoris, ſi domino mortuo, ignorans eum mortuum eſſe, in vacuam poſſeſſionem emtorem induxit, poſſeſſionem transfert.
XCIII. Nulla poſſeſſio niſi animo & corpore acquiritur.
XCIV. Ex pluribus cauſis eandem rem poſſidere poſſumus, quamvis dominium non niſi ex una cauſa contingat.
XCV. Uxor rem donatam a viro poſſidet naturaliter.
XCVI. Poſſeſſio non tantum facti eſt, ſed etiam juris.
XCVII. Poſſeſſio amittitur rei depoſitæ contrectatione lucri faciendi cauſa, non inficiatione ſola.
XCVIII. Qui precario poſſidet, interdicto *uti poſſidetis* experiri poteſt.
XCIX. Pupillus animo deſinere poſſidere non poteſt, corpore poteſt.
C. Poſſeſſio per colonum, commodatarium, & depoſitarium, quamvis alteri locet, commodet, vel deponat, retinetur.

CENTURIÆ QUARTÆ.

I. Assert. Duo in ſolidum eandem rem poſſidere non poſſunt.
II. Uſucapio non pugnat cum naturali æquitate.
III. Si quis in diverticulo fluminis pluribus annis piſcatus ſit, alium eodem juri uti volentem prohibere poteſt.
IV. Jus luendi pignoris præſcriptione xxx vel xl annorum non tollitur.
V. Qui xxx annis penſiones annuas non ſolvit, liberatur a præſtatione præteritarum, non futurarum penſionum.
VI. Perſonales actiones amittuntur xxx annis, licet præſcribens ca-

careat bona fide.

VII. Mala fides, ſuperveniens poſt impletam præſcriptionem, non interrumpit eam.

VIII. In uſucapionibus dies cœptus pro completo habetur.

IX. Pignus a debitore creditori ſurreptum uſucapi poteſt, hypotheca non item.

X. Res empta a furioſo bona fide, uſucapi poteſt.

XI. Uſucapione pignus non extinguitur.

XII. Sine poſſeſſione, eaque continua, non procedit uſucapio.

XIII. Minime probamus Innocentii III. Pont reſcriptum, ordinarium debere judicis delegati ſententiam exequi, etiamſi ſciat illam eſſe injuſtam.

XIV. Sententia ex falſis inſtrumentis vel teſtibus lata, non eſt ipſo jure nulla, ſed ope reſtitutionis in integrum reſcinditur.

XV. Sententia nec pro furioſo, nec contra furioſum dicta valet.

XVI. Judex juxta litigatorum conventionem ſententiam ferre debet.

XVII. Sententia ita prolata, *Condemno Titium in petitis, ſi probatum eſt eum debere*, invalida eſt.

XVIII. Sententia non retractatur propter inſtrumenta de novo reperta.

XIX. Judex poteſt interlocutoriam ſententiam mutare & reſcindere, non definitivam.

XX. Pacto ceſſioni bonorum renuntiari nequit.

XXI. Si dominus fundi homines armatos, quos ad ſe venientes videbat, extimuerit, atque ita profugerit, vi dejectus cenſetur.

XXII. Utile Salvianum interdictum datur creditori, contra quemlibet debitorem, qui res ſuas pignori obligavit.

XXIII. Reus non tenetur ſatiſdare in interdicto *uti poſſidetis*, quod actorem in futurum non turbabit.

XXIV. Nudo detentori non datur interdictum *uti poſſidetis*.

XXV. Colono non competit interdictum *unde vi*.

XXVI. Actionis verbo non continetur exceptio.

XXVII. Exceptiones peremtoriæ non ante, ſed poſt litem conteſtatam opponendæ ſunt; contra DONELLUM.

XXVIII. Peremtoriæ exceptiones poſt ſententiam non poſſunt opponi.

XXIX. Exceptiones dilatoriæ, qualis eſt procuratoria, ante litem conteſtatam opponi debent.

XXX. Actionis definitio tradita in inſtit. tit. de action. tam realem quam perſonalem actionem complectitur.

XXXI. Actionum ſumma diviſio in duo genera diducitur; aut enim in rem ſunt, aut in perſonam.

XXXII. Actiones aliæ bonæ fidei ſunt, aliæ ſtricti juris.
XXXIII. A contractu perfecto, invito adverſario non licet recedere.
XXXIV. In actionibus mixtis aut pœnalibus, ſi plures deliquerint, quod unus præſtitit, pœnæ nomine, non liberat alios.
XXXV. Quoties concurrunt plures actiones ejuſdem rei nomine, una tantum quis experiri debet.
XXXVI. Heres ex contractu defuncti ob dolum tenetur in ſolidum; ex delicto tantum in id, quod ad eum pervenit.
XXXVII. Diverſitas reſponſionis non vitiat ſtipulationem, ſi eſt in quantitate: ſed diverſitas in qualitate & forma ſtipulationis vitiat, niſi complacentia accedat.
XXXVIII. Stipulatio imperſonaliter concepta, hoc modo, *dabis? dabuntur*, utilis eſt.
XXXIX. Ex ſtipulatione alteri facta, non acquiritur actio, niſi ſtipulantis interſit.
XL. Promittens ſe curaturum, quod alius dabit vel faciet, rem effectui dare tenetur.
XLI. In obligationibus facti promiſſor ad factum præciſe cogitur.
XLII. Ex contractu procuratoris domino acquiritur actio, ſine ceſſione.
XLIII. Stipulatio ſine verbis inter præſentes prolatis contrahi non poteſt, & per epiſtolam non contrahitur.
XLIV. Stipulatio non valet, collata in arbitrium promiſſoris.
XLV. Inutilis ſtipulatio vim pacti non habet.
XLVI. Notarii aliis ſtipulari, iiſque actionem acquirere non poſſunt.
XLVII. Promiſſio tam in dando, quam faciendo conſiſtens tranſit ad heredes.
XLVIII. Stipulatio conditionalis eſt, *Si petiero, decem dabis?*
XLIX. Ex pura obligatione confeſtim debitum peti poteſt.
L. Conditionalis creditor etiam loco creditoris habetur.
LI. Duo rei debendi tenentur in ſolidum, etiam novo jure.
LII. Uno ex duobus correis debendi pro parte convento, vel ſolvente, nihilominus pro alia parte exigi poteſt.
LIII. Fidejuſſor qui in majorem ſummam fidejuſſit, ſaltem in eam quam principalis debet, tenetur.
LIV. Fidejuſſoris obligatio non augetur ex mora rei, ut ad uſuras, pœnam, aliaſque acceſſiones teneatur.
LV. Fidejuſſor cuilibet obligationi accedit, etiam naturali tantum.
LVI. Exceptiones quæ reo competunt, etiam fidejuſſori dantur.
LVII. Exceptiones præſcriptionis, rei judicatæ, & jurisjurandi, debitori competentes, fidejuſſori quoque præſtantur.
LVIII. Obligationibus ex delicto fidejuſſor accedere poteſt.
LIX. Pactum de non petendo inter debitorem & creditorem ini-

tum,

tum, fidejuſſori prodeſt.

LX. Omnium obligationum fidejuſſor accipi poteſt.

LXI. Pœnæ ſtipulatione non novatur principalis obligatio.

LXII. Debitum purum ſtipulatione conditionali novatur.

LXIII. Creditori invito ante diem recte ſolvi poteſt.

LXIV. Recte ei ſolvitur, qui ſolutionis gratia adjectus eſt, modo poſt ſtipulationem conditio ejus non ſit in deterius mutata.

LXV. Aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt.

LXVI. Actiones ex delictis defuncti deſcendentes non dantur in heredes, niſi quatenus ad eos pervenit, non in ſolidum.

LXVII. Pro eodem crimine, & civiliter & criminaliter agi poteſt.

LXVIII. Pœnæ a legibus delictis nominatim ſunt impoſitæ, neque pendent a mero judicis arbitrio.

LXIX. Pœna in popularibus actionibus regulariter non fiſco, ſed actori applicanda eſt.

LXX. Furti actio datur etiam pro re modica.

LXXI. Furi regulariter actio furti non datur.

LXXII. Furtum jure naturæ prohibitum eſt.

LXXIII. Etiam furti tenetur, cujus ope vel conſilio tantum furtum factum eſt.

LXXIV. Cum actione vi bonorum raptorum etiam furti actio concurrere poteſt.

LXXV. Summæ liquido debitæ, quæ aliter exigi non poteſt, furtum eſt illicitum.

LXXVI. Actio de tigno injuncto datur tam contra bonæ, quam malæ fidei ædificatorem in duplum.

LXXVII. Convicii veritas non excuſat convicia̅tem, quo minus injuriarum actione teneatur.

LXXVIII. Actio injuriarum prætoria anno continuo finitur; ſed actio injuriarum ex l. Cornelia eſt perpetua.

LXXIX. Carcer de jure civili pœna non eſt.

LXXX. Etiam in meretricem nuptam adulterium committitur.

LXXXI. Sponſa de adulterio poteſt accuſari.

LXXXII. Immunitatem a pœna legis Corneliæ præbet corporis, non famæ, non bonorum defenſio.

LXXXIII. Homicidium per ebrietatem commiſſum ordinaria legis Corneliæ pœna puniendum.

LXXXIV. Pœnæ legis Corneliæ ſubjacet, qui poculo amatorio quem interfecit.

LXXXV. Qui Titium interficere volens, Sejum interfecit, lege Cornelia tenetur.

LXXXVI. Lex Julia peculatus, non ſolum de pecunia civitatis Romanæ, ſed etiam aliarum civitatum accipienda eſt.

LXXXVII. Regna & ditiones ſuas arbitratu ſuo Principes mi-

ruere non poſſunt.
LXXXVIII. Actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem.
LXXXIX. Invito beneficium non confertur.
XC. Privilegia realia tranſeunt ad heredes, non perſonalia.
XCI. Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari.
XCII. Utile per inutile non vitiatur.
XCIII. Acceſſorium ſequitur naturam principalis.
XCIV. Qui tacet, conſentire videtur.
XCV. Infamibus portæ dignitatum non patent.
XCVI. In teſtamentis plenius voluntates teſtantium interpretamur.
XCVII. Id quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt.
XCVIII. Favorabiliores rei potius quam actores habentur.
XCIX. Semper in obſcuris quod minimum eſt, ſequimur.
C. Quod initio vitioſum eſt, non poteſt tractu temporis convaleſcere.
CI. Feudum antiquum, propter delictum in extraneum perpetratum, amiſſum, devolvitur ad collaterales agnatos propriores gradu.

INDEX
ASSERTIONUM CONTROVERSARUM,
quæ in hoc libro tractantur.
CENTURIÆ PRIMÆ.

I. Assert. Princeps jus alicui quæſitum ſine cauſa auferre non poteſt.
II. Princeps ex contractibus cum ſubditis initis obligatur.
III. Reſcripto Principis poteſt alicui concedi dilatio temporalis, peremtoria vero exceptio concedi aut remitti non poteſt.
IV. Juſte & licite Chriſtianis ſervos habere conceditur.
V. Riparum uſus publicus eſt, ſed proprietas illarum eorum eſt, quorum prædiis hærent.
VI. Pœna capitis in eos conſtituta eſt, qui muros civitatis tranſcendunt.
VII. Merum imperium eſt habere gladii poteſtatem ad animadvertendum in facinoroſos homines.
VIII. Non omnibus magiſtratibus omnes partes meri imperii tributæ ſunt.
IX. Merum imperium præſcribi poteſt.
X. Privati non poſſunt alicui tribuere juriſdictionem.
XI. Magiſtratus municipales non habent mixtum imperium, ſed ſimplicem juriſdictionem.

XII. **Privatus merum imperium non habuit, ſicut nec præſes provinciæ jus deportandi.**
XIII. Hæc verba, *profiteor te non teneri*, pactum reale inducunt.
XIV. Dux belli inconſulto Principe pacem cum hoſtibus inire non poteſt.
XV. Qui pacto recepit in ſe caſum fortuitum, tenetur etiam de caſibus inſolitis.
XVI. Conventiones inter conjuges de reciproca ſucceſſione valent.
XVII. Conventio non valet, *ne dolus præſtetur in contractibus.*
XVIII. Si filia dote accepta renuntiet hereditati paternæ, eaque ante patrem mortua ſit, non nocet hæc renunciatio nepotibus, quo minus perveniant ad ſucceſſionem avi.
XIX. Tranſactio de crimine falſi jure civili licita eſt.
XX. Tranſactio poſt rem judicatam interpoſita non valet.
XXI. Pactum inter advocatum & clientulum de quota litis initum, jure non valet.
XXII. Spurii non ſunt infames.
XXIII. Infames jure civili poſſunt eſſe procuratores.
XXIV. Procuratoris apocha de recepto, præjudicat domino.
XXV. Procurator ad certam litem datus, non ſolum appellare, ſed etiam appellationem proſequi tenetur.
XXVI. Quando dubitatur de mandato procuratoris, tunc admittitur cum cautione de rato.
XXVII. Maritus poteſt eſſe procurator uxoris, etiam ſine mandato, dummodo caveat de rato.
XXVIII. Minor 25 annis juris peritus læſus ex contractibus, in integrum non reſtituitur.
XXIX. Minor in delictis non reſtituitur in integrum.
XXX. Adverſus præſcriptionem non competit majoribus 25 annis reſtitutio in integrum, ex cauſa juſtæ & probabilis ignorantiæ.
XXXI. Licitum eſt Chriſtianis exercere judicia.
XXXII. Cæcus judex dari poteſt.
XXXIII. Ii quibus mandata eſt juriſdictio, judicem dare poſſunt.
XXXIV. Legitima liberorum a jure gentium originem traxit, modum & quantitatem a jure civili habet.
XXXV. Legitima relinquenda eſt titulo inſtitutionis, non legati, fideicommiſſi, aut donationis titulo.
XXXVI. Legitima parentum non eſt aucta, ut liberorum.
XXXVII. Petitio hereditatis non datur contra titulo poſſidentem.
XXXVIII. Nullum eſt directum dominium, nullum utile.
XXXIX Malæ fidei poſſeſſor neceſſarias impenſas repetit.
XL. Unuſquiſque rerum ſuarum dominus eſt, etiam abutendo.
XLI. Emphyteuſi per mortem emphyteutæ, ipſiuſque liberorum revoluta ad dominum, non tenetur eam dominus proximiori agnato dare.

XLII. Emphyteuta ob non ſolutum canonem per triennium, feudo emphyteutico licite a domino expelli poteſt.

XLIII. Ex contractu emphyteutico oritur actio emphyteuticaria.

XLIV. Emphyteuta longiſſimo tempore acquirere non poteſt directum dominium, ſi non ſolverit domino canonem.

XLV. Emphyteuſi finita ſine culpa emphyteutæ, meliorationes pertinent ad dominum directi dominii.

XLVI. Emphyteuta ſi triennio canonem non ſolverit, poſtmodum oblatione facta, moram purgare non poteſt.

XLVII. Uſusfructus eſt jus utendi fruendi rebus alienis, ſalva rerum ſubſtantia.

XLVIII. Uſusfructuarius naturaliter poſſidet uſumfructum.

XLIX. Uſufructuarius omnium bonorum non tenetur ad æs alienum ſolvendum.

L. Uſufructuarius non cavere, ſed ſatiſdare tenetur, ſe uſurum fruiturum boni viri arbitrio, & cum uſusfructus finitus erit, ſe reſtituturum quod inde extabit.

LI. Qui habet ſervitutem rivi, poteſt ex terreno rivo lapideum facere.

LII. Diviſio hereditatis, ut major frater dividat, minor eligat, juri civili non eſt conſentanea.

LIII. Contractus eſt duorum pluriumve in idem conſenſus & conventio, ad conſtituendam obligationem efficax.

LIV. Etiam jure canonico reperiuntur aliqui contractus ſtricti juris.

LV. Præſides provinciæ mutuam pecuniam dare, fœnuſve exercere prohibentur, mutuam tamen pecuniam licite ſumere poſſunt.

LVI. Minor ſine auctoritate curatoris jusjurandum deferre poteſt.

LVII. Fidejuſſoris jusjurandum reo prodeſt.

LVIII. Chriſtianus bona conſcientia juramentum præſtare poteſt,

LIX. Juramenta per vim & metum extorta, etiam a majoribus 25 annis, nullius ſunt momenti.

LX. Promiſſio per fidem Chriſtianam facta, jurejurando æquiparatur.

LXI. Actori in infinitum in litem jurare licet.

LXII. Filiusfam. SC. Macedoniano renuntiare non poteſt.

LXIII. Sequeſtratio regulariter jure prohibita eſt.

LXIV. Pro re apud ſequeſtrum depoſita, finita ſequeſtratione reſtituenda, competit deponenti actio depoſiti ſequeſtraria.

LXV. Deportatus ſive excommunicatus mandatum contrahere non poteſt.

LXVI. Mandatarius ultra id, quod mandati fines excedens utiliter geſſit, habet actionem negotiorum geſtorum.

LXVII. In ementis vel vendentis arbitrium collata emendi conditione,

tione, venditio nulla eſt.

LXVIII. Jus retractus in re creditori a judice adjudicata locu non habet, ſicut nec in re donata.

LXIX. Ex pacto de retrovendendo oritur tantum perſonalis, non realis actio.

LXX. Venditor læſus ultra dimidium juſti pretii, actione ex vendito reſcindit venditionem, daturque hoc beneficium etiam emtori.

LXXI. Caſus fortuitus in re locata contingens, pertinet ad locatorem, non ad conductorem.

LXXII. Contractus locationis & conductionis, tranſit ad heredes tam locatoris, quam conductoris.

LXXIII. Conductor ſi unius anni penſionem non ſolvit, poteſt expelli domo conducta.

LXXIV. Fructuum perceptorum periculum ad colonum pertinet.

LXXV. Repreſſaliæ rite conceſſæ omni jure ſunt licitæ.

LXXVI. Bona minorum 25 annis non cenſentur tacite hypothecata pro penſione domus.

LXXVII. Pactum legis commiſſoriæ in pignoribus eſt reprobatum.

LXXVIII. Creditori non licet propria auctoritate auferre pignus.

LXLIX. In prætorio pignore non attenditur prioritas temporis, ſed bene in judiciali pignore.

LXXX. Illata & invecta a ſecundo conductore in ædes conductas, primo locatori tacite obligantur, pro ea ſumma, qua ipſe conduxit, & ſecundus conductor primo locatori ſolvendo liberatur.

LXXXI. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poteſt.

LXXXII. Generalis hypotheca prioris creditoris præfertur ſpeciali poſterioris.

LXXXIII. Uſura eſt acceſſio ſortis ſeu quantitatis.

LXXXIV. Uſuræ debentur ex mora, in bonæ fidei contractibus.

LXXXV. Actori incumbit onus probandi, non autem reo.

LXXXVI. Homo præſumitur vivere uſque ad centum annos.

LXXXVII. Scriptura regulariter non pertinet ad eſſentiam, ſed ad probationem contractuum.

LXXXVIII. Scripturæ diverſæ & contrariæ, ab eadem parte prolatæ, fidem ſibi invicem derogant.

LXXXIX. Latior declaratio aſſertionis LXXXVII. quod inſtrumenta & ſcriptura non pertinent ad ſubſtantiam contractuum, ſed ad probationem.

XC. Mulier in criminalibus cauſis teſtis eſſe poteſt.

XCI. Parentes & liberi neque pro ſe, neque contra ſe teſtimonium dicere poſſunt.

XCII. Neque teſti injurato creditur, neque uni teſti fides habetur.

XCIII.

XCIII. Omnis judex poteſt teſtem, qui apud ſe falſum teſtimonium dixit, pro qualitate criminis punire.
XCIV. Ruſticitas in delictis regulariter non excuſat, neque juris ignorantia prodeſt ruſticitati.
XCV. Nuptiæ ſive matrimonium eſt viri & mulieris conjunctio, conſortium omnis vitæ, individuam vitæ conſuetudinem continens.
XCVI. Matrimonii inſtitutio juris eſt naturalis & divini, nullaque lege uſus conjugii prohiberi poteſt, etiam miniſtris eccleſiæ.
XCVII. Liberi naturales per ſubſequens matrimonium legitimantur, etiamſi dotalia inſtrumenta non intervenerint.
XCVIII. Sponſi de præſenti non aliter participant lucra dotalia, niſi deductio in domum ſit ſecuta, vel matrimonium copula fuerit conſummatum.
XCIX. Polygamia omni jure tum divino, tum humano prohibita eſt.
C. Matris & tutorum conſenſus non requiritur de jure civili in ſponſalibus & nuptiis pupillæ.

CENTURIÆ SECUNDÆ

I. Assert. Dos non pertinet ad ſubſtantiam matrimonii, nec ob dotem promiſſam non ſolutam maritus uxorem expellere poteſt.
II. Dos ab heredibus mariti, propter adulterium mulieris retineri non poteſt.
III. Tutela eſt vis ac poteſtas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem defendere ſe nequit, jure civili data & permiſſa.
IV. Tutor emere rem pupilli prohibetur.
V. Imperitus literarum excuſatur a tutela.
VI. Tutor ſtatim in ipſo negotio præſens debet auctor fieri; poſt tempus autem, aut per epiſtolam ejus auctoritas interpoſita, nihil agit.
VII. Tutor de rebus pupilli tranſigere poteſt.
VIII. Teſtamentum eſt voluntatis noſtræ juſta ſententia, de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.
IX. Teſtamentum ad alterius interrogationem conditum non valet.
X. Teſtamentum patris inter liberos abſque teſtibus confectum valet.
XI. Nuda voluntate teſtatoris non tollitur teſtamentum.
XII. Teſtamentum tempore peſtis coram quinque teſtibus conditum, non valet.
XIII. Nemo poteſt heredi ſuo teſtamenti factionem adimere.
XIV. Teſtator prohibere poteſt jus accreſcendi.
XV. Conditio teſtium in teſtamentis ſpectatur tempore conditi aut ſignati teſtamenti.

XVI.

XVI. Non tantum annulo, ſed etiam alio quovis ſigillo chraracterem habente teſtamentum ſignari poteſt.

XVII. Filiusfamilias ne quidem conſentiente patre teſtamentum facere poteſt.

XVIII. Heredis appellatio non ſolum ad proximum heredem, ſed & ad ulteriores refertur.

XIX. Inſtitutis iis heredibus, qui de jure civili inſtitui non poſſunt, hereditas non ad fiſcum defertur, ſed ad heredes ab inteſtato pertinet.

XX. Inſtitutio heredis facta ſub turpi demonſtratione vitiat inſtitutionem.

XXI. Quæ inſtitutio, item quod legatum, ab initio non conſtitit, ex poſt-facto non convaleſcunt.

XXII. Milites coram teſtibus ſaltem duobus teſtamentum ſine ſcriptis condere poſſunt.

XXIII. Hereditas non adita ad heredes non tranſmittitur.

XXIV. Juri adeundi hereditatem triginta annis præſcribitur.

XXV. Filius vivo patre non eſt dominus bonorum paternorum.

XXVI. Heredes tenentur ad defuncti debita exolvenda pro portionibus hereditariis.

XXVII. Codicilli nullam ſolennitatem ordinationis deſiderant.

XXVIII. Rei legatæ dominium acquiritur legatario ſtatim ad adita hereditate.

XXIX. Legata relicta ab inſtituto, a ſubſtituto tacite repetita cenſentur.

XXX. Legata & fideicommiſſa in teſtamento non ſolenni relicta, ne quidem naturaliter debentur.

XXXI. Clauſula hæc, *Si non ſequar juris ſolemnitatem*, &c. non inducit fideicommiſſum.

XXXII. In legatis poſterior voluntas potior eſt priore.

XXXIII. Teſtator Trebellianicæ deductionem prohibere non poteſt.

XXXIV. Sumptus ſtudiorum a filio poſt mortem patris facti, de ſuis propriis bonis, non ex communi hereditate ſolvi debent.

XXXV. Habitationis facultas alicui donatione conceſſa, morte donatoris finitur.

XXXVI. Donatio non revocatur, etiamſi donatarius inopi donatori non præſtet alimenta.

XXXVII. Bonæ fidei poſſeſſor non tenetur ad reſtitutionem fructuum conſumptorum, licet ex iis factus ſit locupletior.

XXXVIII. Traditionibus & uſucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur.

XXXIX. Miniſtri eccleſiæ bona propria habere & poſſidere poſſunt.

XL. Alvei mutatio transfert dominium, ſed ſola inundatio dominium agri non mutat.

XLI. Uſucapio eſt adjectio dominii, per continuationem poſſeſſionis tem-

temporis a lege definiti.

XLII. Ad uſucapionem perficiendam titulus eſt neceſſarius.

XLIII. Contra civitatem non currit niſi centum annorum præſcriptio, in rebus hereditariis, item legato, donatione, & venditione civitati acquiſitis.

XLIV. Res inter alios judicata aliis nec nocet, nec prodeſt.

XLV. Judex certæ rei vel pecuniæ ſententiam ferre debet, etiamſi de incerta quantitate ſit actum.

XLVI. Confeſſus in judicio pro condemnato habetur.

XLVII. In interdicto *uti poſſidetis*, cum ambo æqualem poſſeſſionem vel titulum probant, cumque pares ſunt utriuſque probationes, judex vel neutri poſſeſſionem adjudicabit, utrumque ab ea exire jubendo, vel ſingulis dimidiam partem poſſeſſionis adjudicabit.

XLVIII. Omnia interdicta de poſſeſſione vel quaſi obtinenda competunt.

XLIX. Pœna conſtitutionis *l. ſi quis in tantam. C. unde vi.* etiam tenentur feminæ, minores, ruſtici.

L. Prædoni competit interdictum, *unde vi*, etiam cum ab ipſo rei domino ſpoliatur.

LI. Vim vi repellere licet, modo fiat in continenti, & cum moderamine inculpatæ tutelæ.

LII. Exceptiones non numeratæ pecuniæ, & diviſionis, ſunt *perpetuæ* & peremtoriæ: exceptio vero ne quis conveniatur *ultra id* quod facere poteſt, temporalis & dilatoria eſt.

LIII. Actio eſt jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur.

LIV. Nuda actio non conſtituit aliquem debitorem.

LV. Actiones ſunt juris civilis: nomen autem actionis in libello exprimere, non eſt neceſſe.

LVI. Quoties ex pluribus cauſis quid debetur, & quod ſolutum eſt, omnibus ſummis non ſufficit, tunc in graviorem cauſam ſolutum cenſetur.

LVII. Furta non jure civili ſcripto, ſed ex conſuetudine laqueo puniuntur.

LVIII. Actio injuriarum, qua agitur ad palinodiam ſeu recantationem injuriæ, civilis eſt, non criminalis.

LIX. Crimen ſtellionatus infamat, ſi cum alia civili actione concurrat.

LX. Reus accuſatus in criminalibus cauſis, præcedente juramento calumniæ de veritate dicenda, poſitionibus accuſatoris reſpondere non tenetur.

LXI. In criminalibus judiciis ex ſolis præſumtionibus nemo condemnari poteſt.

LXII. Etiam involuntaria quædam delicta coërcentur.

LXIII. Etiam cœptum, nondum conſummatum crimen punitur.

LXIV.

LXIV. Si quis ex domo inimici ſui evaginato & ſanguinolento profugit gladio, iſque mox repertus ſit vulneratus & interfectus, hoc ſufficiens indicium eſt ad inducendam condemnationem.

LXV. Mandans aliquem vulnerari, ſi ſequatur mors ex vulnere, non tenetur pœna ordinaria legis Corneliæ, ſed arbitraria.

LXVI. Confeſſio vulnerati in articulo mortis, non eſt ſufficiens indicium ad torturam.

LXVII. Fures de ſe confeſſi, non debent de ſociis per torturam interrogari.

LXVIII. Judex in arbitrariis criminibus poteſt imponere pœnam mortis.

LXIX. Furioſus de delicto ante furorem commiſſo puniri poteſt.

LXX. Pœna non eſt minuenda ob id, quod a longo tempore delictum perpetratum fuit.

LXXI. Pœnæ capitalis appellatione vel mors vel deportatio continetur.

LXXII. Pœna non debet egredi delinquentem, ſed ſuos debet tenere auctores.

LXXIII. Ab interlocutoria ſententia non appellatur.

LXXIV. In criminalibus cauſis etiam admittitur appellatio.

LXXV. Bella jure divino inter Chriſtianos licita ſunt.

LXXVI. Duella jure divino & humano prohibita ſunt.

LXXVII. Quælibet civitates tempore neceſſitatis ſubditis collectas imponere poſſunt.

LXXVIII. Eccleſiarum miniſtri ab ordinariis tributis & oneribus publicis non ſunt immunes.

LXXIX. Abſens ex pollicitatione non obligatur.

LXXX. Fabuloſa donatio Conſtantini Magni Imperat. qua Pontifici Sylveſtro urbem Romam, cæteraſque Italiæ provincias falſo donaſſe fertur, jure non fuit licita.

LXXXI. Jure naturali & civili feminæ ſunt regni capaces.

LXXXII. Libri feudorum habent auctoritatem legis generalis.

LXXXIII. In feudis non acquirit filiusfamilias uſumfructum patri.

LXXXIV. Minor ſine auctoritate curatoris poteſt de antiquo feudo inveſtire.

LXXXV. Femina feudum dare poteſt.

LXXXVI. Duobus inveſtitis de feudo, is præfertur, cui prius poſſeſſio feudi tradita eſt.

LXXXVII. Clerici in feudis non ſuccedunt.

LXXXVIII. Feminæ in feudo emtitio non ſuccedunt.

LXXXIX. Feudo alienato a vaſallo ſine conſenſu domini, ne quidem triginta vel quadraginta annis præſcribitur directum dominium in præjudicium domini.

XC. Vaſallus ſine venia dominum feudi in jus vocare poteſt.

XCI.

XCI. Mutus, cæcus, ſurdus, furioſus, vel aliter imperfectus in feudo non ſuccedunt.
XCII. Liberi legitimati per ſubſequens matrimonium, in feudo non ſuccedunt.
XCIII. Vaſallus tenetur dominum feudi in bello juvare, etiam contra patrem ſuum.
XCIV. Vaſallus habet interdictum *unde vi* contra dominum ſpoliantem ſe poſſeſſione feudi.
XCV. Frater fratri in feudo novo non ſuccedit.
XCVI. Vaſallus feudum refutare poteſt ſine conſenſu domini.
XCVII. Feudo alicui inconſulto domino extra familiam legato, ne quidem æſtimatio debetur.
XCVIII. Pater uni ex filiis feudum prælegare non poteſt.
XCIX. Feuda inter plures coheredes dividi poſſunt, etſi unus ex conſortibus tantum voluerit.
C. Feudi ſubſtantialia pacto tolli, vel mutari non poſſunt.

FINIS.

Digitized by Google

9377

Digitized by Google

X.X
C24